

**Der Einfluß sozialer Anschauungen und Wertungen
auf die Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten,
der Abtreibung und der Körperverletzung.**

Norbert Eckl

=
1962



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555213_0057

**Der Einfluß sozialer Anschauungen und Wertungen auf die Rechtsprechung
zu den Tötungsdelikten, der Abtreibung und der Körperverletzung.**

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München.

Vorgelegt von
Norbert Eckl
1962



Referent:

Prof. Dr. Karl Engisch

Korreferent:

Prof. Dr. Reinhart Maurach

Tag der mündlichen Prüfung: 28. November 1962

Inhaltsübersicht

EINFÜHRUNG:

Einleitung	Seite 1
------------	---------

1. Kapitel

Der Begriff der sozialen Anschauung und der sozialen Wertung, Zeitraum und Gegenstand der Untersuchung	Seite 1 ff
--	------------

Das Wesen der Wertung,	S. 1
Das Subjekt der Wertung	S. 2 f
Soziale Wertung und öffentliche Meinung	S. 3
Objekt der Wertung	S. 3
Wertungsmaßstab	S. 4 ff
Soziale Wertung und Rechtsgefühl	S. 6
Der Zeitraum der Untersuchung - Der Wertungswandel	S. 7

2. Kapitel

Die Einflußmöglichkeiten der sozialen Wertungen auf die Rechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der Auslegungsmethodik	Seite 8 ff
---	------------

§ 1 Der offene und der verdeckte Einfluß sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung	Seite 8
--	---------

§ 2 Soziale Wertungen und Gewohnheitsrecht	Seite 8
--	---------

§ 3 Die Bedeutung der sozialen Wertungen im Rahmen der objektiv - teleologischen Auslegungsmethode	Seite 8 ff
--	------------

§ 4 Die Bedeutung der sozialen Wertungen für die Auslegung der sog. normativen Tatbestandsmerkmale	Seite 12 ff
--	-------------

§ 5 Die Bedeutung der sozialen Wertungen nach der Lehre vom normativen Tätertyp	Seite 14
---	----------

§ 6 Die Bedeutung der sozialen Wertungen für die Entstehung und Ausfüllung der sog. sekundären Gesetzeslücken	Seite 15 f
---	------------

3. Kapitel

Die Methoden zur Erforschung des Standes der sozialen Wertungen	Seite 17 ff
---	-------------

§ 1 Die Behandlung des Problems in der juristischen Methodenlehre - Unmöglichkeit, auf die Wertungen einer "führenden Schicht" abzustellen.

Seite 17 ff

§ 2 Verschiedene Methoden

Seite 18 ff

Die Erfahrung des täglichen Lebens S. 18

Die direkte Methode S. 18

Die indirekte Methode (verschiedene Indiztatsachen) S. 19 ff

I. Abschnitt

Die Tötungsdelikte im engeren Sinne

1. Kapitel

Der Regelfall der vorsätzlichen Tötung - Die Bedeutung der sozialen Wertungen für die Abgrenzung von Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung

Seite 22 ff

§ 1 Die tatbestandsmäßige Unterscheidung von Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung entspricht dem allgemeinen Rechtsbewußtsein - die strafrechtlichen Reformbestrebungen als Ausfluß dieses Rechtsbewußtseins

Seite 22 ff

§ 2 Die sozialen Wertungen als Maßstab für die Abgrenzung von Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung nach der Rechtsprechung des RG, des OGH und des BGH

Seite 24 ff

§ 3 Zusammenfassende Betrachtung des Einflusses sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung - die Unmöglichkeit einer das Rechtsgefühl völlig befriedigenden gesetzlichen Abgrenzung als Anreiz für die Rechtsprechung, soziale Wertungen als Auslegungsbehelf heranzuziehen

Seite 33 ff

2. Kapitel

Einzelne Fallgruppen der Tötungsdelikte

Seite 36 ff

§ 1 Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens - die sozialen Wertungen und ihr Einfluß auf die Rechtsprechung

Seite 36 ff

§ 2 Die Tötung aus politischen Motiven, unter dem Einfluß einer politischen Situation, auf Grund rechtswidrigen Befehls - soziale Wertungen und Rechtsprechung Seite 53 ff

§ 3 Kindstötung und Perforation des in der Geburt befindlichen Kindes aus medizinischer Indikation - soziale Wertungen und Rechtsprechung Seite 62 ff

3. Kapitel

Zusammenfassung Seite 67

II. Abschnitt

Die Abtreibung

1. Kapitel

Einführung in das Problem Seite 68 ff

Die Verschiebung im Stand der sozialen Wertungen während der letzten Jahrzehnte - Ursachen des Wertungswandels - besonderer Anreiz für die Rechtsprechung, dieser Wertungsbewegung Rechnung zu tragen.

2. Kapitel

Die Bewertung der Abtreibung im Regelfall Seite 72 ff

§ 1 Die materielle Bewertung der Abtreibung im Regelfall - in den Wissenschaften insbesondere - typische Grundhaltungen Seite 72 ff

§ 2 Die rechtliche Bewertung der Abtreibung im Regelfall - typische Argumente für und gegen die Bestrafung der Abtreibung Seite 78 ff

3. Kapitel

Die Bewertung der Abtreibung in den sog. Indikationsfällen Seite 82 ff

§ 1 Die materielle Bewertung der Indikationsfälle - verschiedene Grundauffassungen Seite 82 ff

§ 2 Die rechtliche Bewertung der Indikationsfälle - typische Haltungen zur Frage der Strafwürdigkeit der Indikationsfälle Seite 85 ff

4. Kapitel

Der Stand der sozialen Wertungen zu den verschiedenen Zeiten seit dem Erlaß des deutschen Strafgesetzbuches von 1871:

Seite 88 ff

§ 1 Die Wertung des Gesetzgebers von 1871

Seite 88 f.

§ 2 Der Stand der Wertungen in der Zeit von 1871 - 1918

Seite 89 ff

§ 3 Der Stand der Wertungen in der Zeit von 1918 - 1933 - in der Juristenschaft - in der Ärzteschaft - die Wertung der Theologie und der Kirchen

Seite 92 ff

Der Stand der Wertungen im politischen Bereich, in der Gesetzgebung und den Bestrebungen zur Reform des Strafgesetzbuches - in der Allgemeinheit

§ 4 Der Stand der Wertungen in der Zeit von 1933 - 1945

Seite 102 ff

§ 5 Der Stand der Wertungen in der Gegenwart - in der Juristenschaft, in der Ärzteschaft, - die kirchliche Wertung, die Wertungen in der Politik und den strafrechtlichen Reformbestrebungen

Seite 111

Die Wertungen der Allgemeinheit

Seite 112 ff

5. Kapitel

Die Rechtsprechung zu § 218

Seite 115 ff

§ 1 Überblick

Seite 115

§ 2 Die Rechtsgutsvorstellungen in der Rechtsprechung - der Einfluß sozialer Wertvorstellungen

Seite 115 ff

§ 3 Die Beurteilung des Handlungswertes in der Rechtsprechung, insbesondere bei den Indikationsfällen

Seite 119 ff

§ 4 Zusammenfassung

Seite 121

III. Abschnitt

Die Körperverletzung

Einführung

Seite 123

1. Kapitel

Einzelfälle der Körperverletzung mit Ausnahme der Züchtigung

Seite 124 ff

§ 1 Der ärztliche Eingriff zum Zwecke der Heilbehandlung - Soziale Wertungen und Rechtsprechung - zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht insbesondere	Seite 124 ff
§ 2 Die kosmetische Operation - soziale Wertungen	Seite 130
§ 3 Die Unfruchtbarmachung - soziale Wertungen und Wertungswandel zur medizinischen, eugenischen und sozialen Indikation der freiwilligen Unfruchtbarmachung insbesondere - Rechtsprechung	Seite 131 ff
§ 4 Menschenversuche - soziale Wertungen	Seite 141
§ 5 Die studentische Schlägermensur - soziale Wertungen und Wertungswandel - der Einfluß sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung	Seite 143 ff
§ 6 Sportverletzungen, soziale Wertungen	Seite 150

2. Kapitel

Das Züchtigungsrecht	Seite 151 ff
----------------------	--------------

§ 1 Das Züchtigungsrecht des Lehrers - Das Züchtigungsrecht in der pädagogischen Wissenschaft der Vergangenheit und Gegenwart unter besonderer Berücksichtigung der Ergebnisse der Tübinger Dissertation von Paul Kaiser	Seite 151 ff
--	--------------

Das Züchtigungsrecht in den schulrechtlichen Vorschriften der deutschen Länder nach 1945	Seite 153
--	-----------

Das Züchtigungsrecht in der Wertung der Allgemeinheit	Seite 154 ff
---	--------------

Das Züchtigungsrecht in der juristischen Wissenschaft	Seite 156
---	-----------

§ 2 Die Rechtsprechung zum Züchtigungsrecht des Lehrers - die Bedeutung der sozialen Wertungen für die Ermittlung von Umfang und Voraussetzungen des Züchtigungsrechts durch die Rechtsprechung	Seite 157 ff
---	--------------

§ 3 Das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern	Seite 160
--	-----------

3. Kapitel

Zusammenfassung	Seite 161
-----------------	-----------

IV. Abschnitt

Methodische Fragen	Seite 162 ff
1. Kapitel	
Die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf in der Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten, der Abtreibung und der Körperverletzung (Zusammenfassung)	Seite 162 ff
§ 1 Die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf in der Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten, der Abtreibung und der Körperverletzung	Seite 162 ff
§ 2 Die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf bei der Ausfüllung der sog. normativen Tatbestandsmerkmale im Bereich der hier behandelten Deliktsgruppe	Seite 164 f
§ 3 Die sozialen Wertungen als Entstehungsgrund einer Rechtslücke	Seite 165
§ 4 Die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf in der Folge der Lehre vom normativen Tätertyp	Seite 165 f
§ 5 Zusammenfassung	Seite 166
2. Kapitel	
Kritik der Methoden zur Feststellung der sozialen Wertungen unter Berücksichtigung der Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung	Seite 166 ff
Die Höchsttrichterliche Rechtsprechung hat keine zuverlässigen Methoden entwickelt, die eine Feststellung des Standes der sozialen Wertungen ermöglichen	Seite 166 ff
Die Unmöglichkeit der sicheren Erfassung der sozialen Wertungen als schwerwiegender Einwand gegen eine Bindung des Richters an die sozialen Wertungen als letzten Auslegungsbehelf	Seite 168 ff
3. Kapitel	
Folgerungen	Seite 175 ff
§ 1 Auswirkungen auf die Frage nach der Berechtigung der subjektiv- oder objektiv - teleologischen Auslegungsmethode	Seite 175 ff

§ 2 Auswirkungen auf die Lehre von den sekundären Rechts- bzw. Gesetzeslücken	Seite 177 f
§ 3 Auswirkungen auf die Lehre vom normativen Tä- tertyp	Seite 178
4. Kapitel	
Folgerungen für die Auslegung der normativen Tatbe- standsmerkmale insbesondere.	Seite 179 ff
§ 1 Für die Auslegung der normativen Tatbestandsmerk- male im allgemeinen	Seite 179
§ 2 Für die Auslegung der normativen Tatbestandsmerk- male, in denen das Gesetz auf die guten Sitten oder das Sittengesetz verweist	Seite 179 ff
§ 3 Der Gesichtspunkt der Angemessenheit strafrechtli- cher Reaktion vermag in den Fällen des § 2 den Kreis der tatbestandsmäßigen Fälle einzuschränken	Seite 182 f

Verzeichnis der Abkürzungen:

AAS	Acta Apostolicae Sedis
Academia	Zeitschrift des Cartellverbandes der katholischen deutschen Studentenverbindung
A. c. P.	Archiv für die zivilistische Praxis
AT	allgemeiner Teil
BGH	Bundesgerichtshof
BT	besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DJ	Deutsche Justiz, Zeitschrift
DR	Deutsches Recht, Zeitschrift
DS	Deutsches Strafrecht, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
FamRZ	Familienrechtszeitschrift (EHe und Familie)
GA	Goltdammers Archiv
GG	Grundgesetz
HB	Handbuch
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau, Zeitschrift
JW	Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
JZ	Juristenzeitschrift
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
Med. Klinik	Medizinische Klinik, Zeitschrift
Med. Welt	Medizinische Welt, Zeitschrift
Mitt IKV	Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung

MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MonSchKrim	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
NfW	Neue juristische Wochenschrift
OGH (Br.)	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

- | | |
|-----------------------|---|
| Abb Edmund | Lehrbuch der allgemeinen Erziehungs- und Bildungslehre, Paderborn 1932 |
| Ackermann Hans | Grundfragen der Bereinigung des Strafgesetzbuches, Vortrag auf dem 39. deutschen Juristentag, Tübingen 1952 |
| Algermissen Konrad | Das werdende Menschenleben im Schutze der christlichen Ethik, Celle 1948 |
| Allfeld Philipp | Lehrbuch des Strafrechts, 1934 Leipzig, 9. Auflage |
| Arndt Adolf | Die Euthanasie. Der Konstanzer Juristentag. Vorträge auf dem Konstanzer Juristentag, Tübingen 1947 |
| Aschrott - Kohlrausch | Die Reform des Strafrechts - Berlin 1926 |
| Aschrott - Liszt | Die Reform des Strafrechts - Berlin 1910 |
| Bader Karl | Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes zum Zuchtigungsrecht, JZ 1954/755 |
| Baeyer v. W. | Wie weit muß der Kranke über das Risiko ärztlicher Eingriffe (Elektroschockbehandlung) unterrichtet werden? Med. Klinik 55/169 |
| Barth Karl | Kirchliche Dogmatik, Bd. III/4, Zollikon - Zürich 1951 |
| Bauer Fritz | Das Verbrechen und die Gesellschaft, München - Basel 1957 |
| Bebel August | Die Frau und der Sozialismus, Neuauflage, Berlin 1923 |
| Beling Ernst | Unschuld, Schuld, Schuldstrafen, im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch), Leipzig 1910.
Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück, A. c. P. Bd. 133 (1931) (Beilage) / 1 ff.
Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei operativen Eingriffen, ZStW Bd. 44 (1924) / 220 ff. |

Bierling Ernst	Juristische Prinzipienlehre Bd. IV, Tübingen 1911
Binder Julius	System der Rechtsphilosophie, der Philosophie des Rechts, 2. vollkommen neu bearbeitete Auflage, Berlin 1937
Binding Karl	Die Normen und ihre Übertretung Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1890 Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, ihr Maß und ihre Formen (zusammen mit Alfred Hoche), Leipzig 1920 Lehrbuch des Strafrechts, BT, 2. Aufl., Leipzig 1902 Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885
Bockelmann Paul	Studien zum Täterstrafrecht, Berlin 1940
Bohl Franz	Das Problem der körperlichen Strafe in der Erziehung, Haag 1949
Bonhoeffer Dietrich	Ethik, München 1949
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg, seit 1950
Borchardt	Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Deutsche Strafrechtszeitung 1922/206
Borcherding Friedrich	Die Abtreibung der Leibesfrucht nach dem Strafbuch in alter und neuer Fassung, Diss. Münster 1926
Brunner Emil	Das Gebot und die Ordnungen, Tübingen 1932
* Bruns Hans	Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers, JZ 1957/410
Bumm E.	Bemerkungen zur Aufhebung des Abtreibungsparagraphen des StGB, ZStW Bd. XXXX III (1922) / 182
Bungardt	Lehrer dürfen wieder prügeln, Allgemeine deutsche Lehrerzeitung 57/414
Coing Helmut	Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950
Conrad - Martius Hedwig	Abstammungslehre, 2. Aufl. München 1949 Die Geistseele des Menschen, München 1960

- Dahm Georg Der Tätertyp im Strafrecht, Leipzig 1940
Die Schwangerschaftsunterbrechung auf Grund eugenischer Indikation, Deutsches Strafrecht, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1934/209
- Dohna Alexander Graf zu Referat auf der 25. Tagung der deutschen Landesgruppe der IKV in Frankfurt a. M. am 12. u. 13. Sept. 1932, Mitteilungen der IKV n. F. 6. Bd. (1932) S. 62 ff
- Dürig Günter Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 25. Mai 1949. Kommentar von Theodor Maunz und Günter Dürig, München - Berlin 1961
- Ebermayer Ludwig Der Arzt im Recht, Leipzig 1930
- Ehinger Otto Ursprung und Entwicklungsgeschichte der Bestrafung der Fruchtabtreibung und deren Stand in der Gesetzgebung der Völker, München 1910 (zusammen mit Wolfram Kimmig)
- Eichmann Eduard Siehe Mörsdorf
- Eichmann Fritz Der Vorsatz bei den normativen Tatbestandselementen, Marburg 1929
- Emge Karl August Einführung in die Rechtsphilosophie, Frankfurt 1955
- Engelhardt Hanns Das Lebensrecht des Nasciturus FamRZ 1958/269
- Engisch Karl Interessenjurisprudenz im Strafrecht, Mönch-Krim Bd. XXV (1934) / 65 ff
Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
Der Begriff der Rechtslücke. Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre, Festschrift für Wilhelm Sauer zum 70. Geburtstag, Berlin 1949, Seite 85 ff.
Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festgabe für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, München - Berlin 1954, S. 127 ff
Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens, Stuttgart 1948
Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956

Zum Begriff des Mordes, GA 1955/161 ff
 Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW Bd. LVIII (1939) S. 1
 Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, bei Stich-Bauer, Fehler und Gefahren der chirurgischen Operation, 2. Bd. Jena 1954, S. 1324 ff

Enneccerus

Siehe Nipperdey

Entwurf

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund mit Motiven und Anlagen, Berlin 1870
 Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches mit Begründung, Berlin 1909
 Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches
 (aufgestellt von Kahl, Lilienthal, Liszt und Goldschmidt) Berlin 1911
 Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums Berlin 1920 (Entwurf 1913, Entwurf 1919, Denkschrift zum Entwurf 1919)
 Amtlicher Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches mit Begründung, Berlin 1925
 Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches mit Begründung, Berlin 1927
 Entwurf eines Strafgesetzbuches, Bonn 1960

Erdsiek D.

Umwelt und Recht, zum Recht der Körperverletzungen, NJW 1958/2008

Ermecke Gustav

Siehe Mausbach - Ermecke

Esterhues

Stichwort "körperliche Züchtigung" im Lexikon für Pädagogik, Freiburg 1955

Eyck Erich

Geschichte der Weimarer Republik, Zürich - Stuttgart 1956

Fechner Erich

System der Rechtsphilosophie, Tübingen 1956

Feuerbach Paul

Lehrbuch des peinlichen Rechts, 3. Aufl.

Johann Anselm, Ritter v.

Gießen 1805

- Frank Reinhard v. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Kommentar, 18. Auflage, Tübingen 1931
- Freisler Roland Gedanken über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches DJ 1941/929 ff
- Gabert Erich Die Strafe in der Selbsterziehung und in der Erziehung des Kindes, Stuttgart 1951
- Gallas Wilhelm Tat- und Täterstrafe insbesondere im Kriegsstrafrecht, ZStW Bd. LX (1941) /374 ff
- Gast Peter Die Mörder, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. XI Leipzig 1930
Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Deutsche Strafrechtszeitung 1920/332 ff
- Gaupp Robert Die Unfruchtbarmachung geistig und sittlich Kranker und Minderwertiger, Berlin 1925
- Gemmingen H. D. Frh. v. Zum Täterproblem, ZStW Bd. LXII (1943) /266 ff
- Gerland Heinrich Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auflage, Berlin 1932
- Giese Friedrich Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Frankfurt 1955
- Giesen Wilhelm Grundsätzliches zur Frage der Schwangerschaftsunterbrechung, Tübingen 1948
- Gleispach Wenzel
Graf von Der deutsche Strafgesetzentwurf, Leipzig 1921
Abschnitt "Tötung" bei Gürtner-Freisler, 1. Lesung 1935/254 ff, 2. Lesung 1936/371 ff
- Goldschmidt James Der Schutz des keimenden Lebens, Archiv für Kriminologie Bd. LXXIV (1922) /85
- Goldammer A. Materialien zum Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, Teil II, Berlin 1852
- Göppinger Hans Der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, Fortschritte der Neurologie 1956, Heft 2/53 ff
- Görresgesellschaft Staatslexikon der Görresgesellschaft, 5. Aufl. Freiburg ab 1952, 6. Auflage Freiburg ab 1957
- Grau-Krug-Rietsch Deutsches Strafrecht, Erläuterungen zu den seit dem 1. 9. 1939 ergangenen strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Vorschriften, Berlin 1943

Grimm Jakob und Wilhelm	Deutsches Wörterbuch, IV. Band 2. Abt. Leipzig 1868
Groner Folko	Die Bestimmungsmensur vor dem kathol. Gewissen, Neue Ordnung 1956
Grotjahn Alfred	Siehe Radbruch
Grünhut Max	Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen 1926 Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen, Reichsgerichtsfestgabe S. 117 ff, Berlin-Leipzig 1929
Gürtner Franz	Das kommende deutsche Strafrecht BT nach den Ergebnissen der ersten Lesung Berlin 1935; nach den Ergebnissen der zweiten Lesung, Berlin 1936
Glütt - Rüdín - Ruttke	Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933, Kommentar, München 1934
Gruhle Hans	Der Selbstmord, Leipzig 1940 Gedanken zur Beratung der Strafrechtsreform im Reichstag, MonschKrim Bd. XVIII (1927) S. 465 ff
Guardini Romano	Das Recht des werdenden Menschenlebens, Tübingen - Stuttgart 1949
Gummersbach Heinz	Kindesmord und Kindestotschlag ZStW LIV (1935) / 232 ff
Gutachten	und Stellungnahmen zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztl. Einschlag, Bonn 1958
Haeckel Ernst	Lebenswunder, Leipzig 1923 (Neuaufgabe)
Häring Bernhard	Das Gesetz Christi, Moraltheologie, Bd. 3 Freiburg 1961
Hamann Andreas	Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. Berlin 1956
Hanack Ernst - Walter	Die strafrechtliche Zulässigkeit künstlicher Unfruchtbarmachungen, Marburg 1959
Hartmann Nicolai	Möglichkeit und Wirklichkeit, Berlin 1938
Hartung Fritz	SchlägERMensur und Strafrecht, NJW 1954/1225
Hauer J. W.	Eine sachliche Aussprache zu § 218 StGB; Der

freie Dienst, Beihefte zu "Kommende Gemeinde"
Leipzig 1931

- Heck Philipp Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz,
Tübingen 1914
- Heimberger Joseph Arzt und Strafrecht, Festgabe für Reinhard v.
Frank zum 70. Geburtstag, Tübingen 1930/740 ff
- Heinitz Ernst Ärztliche Experimente am lebenden Menschen,
JR 1951/333
- Hellmer Joachim Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht ZStW LXX
(1958)/360 ff
- Herderlexikon Der Große Herder, Freiburg ab 1952
- Hilschenz Eva Die Sterbehilfe, Diss. Marburg 1936
- Hippel Robert v. Deutsches Strafrecht, Berlin 1925
- Hirsch Max Der künstliche Abortus, Archiv f. Kriminologie,
Bd. XXXIX (1910)/209
Die Unterbrechung der Schwangerschaft ZStW
Bd. XXXVIII (1917)/494 ff
- Hubmann Heinrich Naturrecht und Rechtsgefühl A. c. P. Bd. 153
(1954) / 298
- Hürth Franz Zum Eingriffsrecht in das keimende Leben, Stim-
men der Zeit, Jahrgang 1928/116 ff
- Jagusck Heinrich Die Praxis der Strafzumessung, Berlin 1956
Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes
für die britische Zone zur vorsätzlichen Tötung,
SJZ 1949 / 325 ff
- Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1947 - 1955, herausge-
geben von Elisabeth Noelle und Peter Neumann,
Allensbach 1956
- Jeschek Hans Heinrich Das Menschenbild unserer Zeit und die Straf-
rechtsreform, Tübingen 1957
- Jellinek Camilla Frauenforderungen zur Strafrechtsreform Mensch-
Krim Bd. V (1908)/ 95 ff.
- Jellinek Georg Allgemeine Staatslehre, 9. Aufl. Berlin 1920

Ihering Rudolf v.	Der Zweck im Recht, 4. Aufl. 1. Bd., Leipzig 1904
Isay Hermann	Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929
Kahl Wilhelm	Der Arzt im Recht, Besprechung des gleichlautenden Baches von Ebermayer in JW 1930 II/ 1547ff
Kaiser Paul	Das Züchtigungsrecht des Volksschullehrers, Diss. Tübingen 1958
Kallfelz	Anmerkung zum Urteil RGZ JW 1936/3112 a. a. O. S. 3114
Kerschensteiner Georg	bei Oestreich S. 1 ff
Key Ellen	Das Jahrhundert des Kindes, deutsch 1905, Berlin
Kienzle Werner	Schwangerschaftsunterbrechung, Sterilisation und Kastration nach geltendem Recht, GA 1957/65 ff
Kirchenlexikon	evangelisches, Göttingen 1956
Klee Karl	Der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des Reichsgerichtes, Festgabe der jurist. Fakultäten zum 50. jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. 5, Berlin - Leipzig 1929/ 72 ff
Klefisch Theodor	Die nationalsozialistische Euthanasie, MDR 1950/ 258 ff
Koch Hans-Jörg	Beschränkte Aufhebung des § 218 StGB, NJW 1959/ 2294
Köhler August	Deutsches Strafrecht, Leipzig 1915
Kohlrausch Eduard	Sterilisation und Strafrecht, ZStW Bd. LII (1932) 383 ff
Kohlrausch Ed. ~ Lange Richard	Strafgesetzbuch, Kommentar, 43. Auflage, Berlin 1961
Kopp Werner v.	Zum Urteil des BGH über das Züchtigungsrecht JZ 1955/319 der Lehrer
Larenz Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960
Laun Rudolf	Recht und Sittlichkeit, Hamburg 1924

- Leipziger Kommentar 2., 4., 6., 7., 8. Auflage - 1922 - 1929 - 1944 - 1954 und 1958 jeweils Berlin
- Lexikon für Theologie und Kirche, Freiburg, seit 1957
- Lilienthal K. v. Die Tötungsdelikte, bei Aschrot - Liszt S. 277 ff
- Liszt Eduard Die vorsätzlichen Tötungen, Wien 1919
Die kriminelle Fruchtabtreibung, Graz 1910
- Liszt Franz v. Lehrbuch des Strafrechts, 22. Aufl. Berlin - Leipzig 1919, 25. Aufl. 1927 fortgef. von Eb. Schmidt
Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Berlin 1905
- Malaniuk Wilhelm Die Abtreibung und verwandte Delikte als Rechtsproblem, Graz 1956
- Mangoldt - Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin - Frankfurt 1957
- Marcuse Julian Die Fruchtabtreibung in Gesetzgebung und ärztlichem Handeln, München 1924
- Martin L. Die Revisionsbedürftigkeit des § 218 aus bevölkerungspolitischer Sicht, NJW 1959/468 ff
- Martini Paul Die Schwangerschaftsunterbrechung, Hochland 1953/Bd. 45, Zusammen mit Richard Egenter
- Materialien zur Strafrechtsreform, Bonn 1954 ff
- Maunz Theodor Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, München - Berlin 1961
- Maurach Reinhart Deutsches Strafrecht, AT Karlsruhe 1954
BT Karlsruhe 1959, 3. Aufl.
- Mausbach - Ermecke Katholische Moraltheologie, 10. Aufl. 3. Bd., 2. Teil, Münster 1961
- Mayer Hellmuth Lehrbuch des Strafrechts, Stuttgart - Köln 1953
- Mayer Joseph Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker, Freiburg 1927
- Mayer Max Ernst Der allgemeine Teil des Strafrechts, Heidelberg 1923
Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903

- Meltzer Ewald Das Problem der Abkürzung lebensunwerten Lebens, Halle 1925
- Mergen Armand Die soziale Zweckmäßigkeit in der modernen Kriminalpolitik, Rittlerfestschrift, Aalen 1957/ Seite 21 ff
- Meyer - Allfeld Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Leipzig 1812
- Mezger Edmund Strafrecht, Lehrbuch, 2. Aufl. München - Leipzig 1925, 3. Aufl. Berlin - München 1949
Studienbuch BT, München 1960
Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, Festschrift für Ludwig Traeger zum 80. Geburtstag, Berlin 1926, Seite 187 ff
Abschnitt "Körperverletzung" bei Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht 1935 S. 267 ff, 1936 S. 389 ff
- Mitscherlich Alfred Medizin ohne Menschlichkeit, Dokumente des Nürnberger Ärzteprozesses, herausgegeben zus. mit Fred Mielke, Frankfurt - Hamburg 1960, Fischerbücherei
- Moersdorff Klaus Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici, Bd. III - Strafrecht - von Eduard Eichmann. Neu bearbeitet von Klaus Moersdorff, 9. Aufl. Paderborn 1960
- Müller Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht, NJW 1956/1097
- Müller Eckhard Das unverstandene Kind, Stuttgart 1955
- Nagler Josef Einleitung zur 6. Auflage des Leipziger Kommentars, Berlin 1944
- Nawiaskey Hans Allgemeine Rechtslehre, Einsiedeln 1948
- Neidhardt Das Behandlungsrecht des Arztes und die ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen, NJW 1956/1097
- Neumann L. - Nipperdey C. - Scheuner U. Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954
- Niedermeyer Albert Handbuch der speziellen Pastoralmedizin, Bd. III, IV, und VI, Wien 1950, 1951, 1953

- Nipperdey Hans - Carl Enneccerus - Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl, Tübingen 1959
- Niederschrift über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bonn ab 1954
- Nowakowski Friedrich Freiheit, Schuld, Vergeltung, Festschrift für Theodor Rittler zum 80. Geburtstag, Seite 88 ff, Aalen 1957
- Oestreich Paul Strafanstalt oder Lebensschule, Karlsruhe 1922
- Olshausen Justus Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 5. Aufl., Berlin 1887; 10. Aufl. Berlin 1916
- Palandt Kommentar zum BGB, 20. Aufl, München - Berlin 1961
- Pelckmann Euthanasie, MonSchKrim Bd. XIV (1923/24) /178
- Peters Karl Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949/496
- Pius XI Die christliche Ehe. Die Enzyklika des Hl. Vaters, Pius XI, Linz 1947
- Pius XII Ansprache an die Mitglieder des Verbandes kath. Hebammen Italiens, AAS 43 p 838 (1951)
- Platen - Hallermund Alice Die Tötung Geisteskranker in Deutschland, Frankfurt 1948
- Ponsold Albert Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, Stuttgart 1957
- Radbruch Gustav Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956 (herausgegeben von Erik Wolf)
Die Abtreibung der Leibesfrucht, Berlin 1921, zusammen mit Alfred Grotjahn
- Rauch Wendelin Probleme der Eugenik im Lichte der christlichen Ethik, Freiburg 1948
- Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche, Leipzig ab 1896
- Religion in Geschichte und Gegenwart Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, Tübingen 2. Bd. 1958, 5. Bd. 1961

Redelberger	Das Züchtigungsrecht des Lehrers, NJW 1952/1158 und 1955/1303 ff
Reinhardt	bei Oestreich Seite 12 ff
Reinicke G. und D.	Auslegungsgrundsätze des BGH, NJW 1951/681 ff Die Bedeutung des Wortlautes bei der Auslegung von Gesetzes nach der Rechtsprechung des BGH, NJW 1951/103 ff
Riezler Erwin	Das Rechtsgefühl, München 1946
Roß	Wie stellt sich die Ärzteschaft zur Abtreibungsfrage, MonschKrim Bd. XV (1924) S. 193
Sauer Wilhelm	Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940 Kriminologie als reine und angewandte Wissenschaft. Ein System der juristischen Tatsachenforschung, Berlin 1950 Allgemeine Strafrechtslehre, 2. Aufl., Berlin 1955
Sax Walter	Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten, JZ 1954/474 ff
Schaefer August	Vorbemerkung zu den Tötungsdelikten und einzelne Anmerkungen zu diesen Delikten in LK 1958
Schaeffer R.	Der amtliche Entwurf des allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches vom Jahre 1925 und die Frucht- abtreibung, ZStW Bd. XLVII (1927) / 64 ff
Schaffstein Friedrich	Abschnitt: "Angriffe auf Rasse und Erbgut" in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, 1936 Seite 112 ff
Scharf Albert	Die Bestimmungsmensur in kathol. Sicht, Academia 1957 H 3/55 - 60
Schmidt Eberhard	Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939 unter dem gleichen Titel bei Ponsold Lehrbuch der gerichtlichen Medizin S. 1 ff Das Sterilisationsproblem nach dem in der Bundesrepublik geltenden Strafrecht, JZ 1951/61 ff Schlägermensur und Strafrecht, JZ 1954/369 ff Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, ZStW Bd. IL (1919) / 362 ff Vgl. ferner unter Liszt-Schmidt

- Schmitt Carl Die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934
Gesetz und Urteil, Berlin 1912
- Schohaus Stichwort Strafe im Lexikon für Pädagogik, Bern 1951
- Schöllgen Werner Aktuelle Moralprobleme, Düsseldorf 1955
Tillmann - Handbuch der katholischen Sittenlehre Bd. 5, Düsseldorf 1953
- Schönke - Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. München - Berlin 1959
- Schwarz - Dreher Kommentar zum Strafgesetzbuch, 23. Aufl., München - Berlin 1961
- Schwinge Erich Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn 1930
- Sitzungsbericht der 25. Tagung der deutschen Landesgruppe der IKV in Frankfurt a. M. am 12. und 13. Sept. 1932, Mitteilungen der IKV n. F. 6. Bd. (1932) / 62 ff
- Spindel Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, NJW 1960/1700
- Stauder Titel siehe Baeyer, Med. Klinik 1955/168
- Stratenwerth Günter Verantwortung und Gehorsam, Tübingen 1948
- Stock Ulrich Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag, SJZ 1947/530 ff
- Strobel Anton Kleine Erziehungslehre, 5. Aufl. München 1957
- Trost Friedrich Pädagogik ohne Stock, Allgemeine deutsche Lehrerzeitung, Beilage Wirtschaft und Recht, 1953, Hefte 4/5/6
- Vogelhuber Oskar Erziehungslehre, München 1947
- Vollmann Siegmund Die Fruchtabtreibung als Volkskrankheit, Leipzig 1925
- Voltz K. A. Die Züchtigung fremder Kinder, Versuch einer Rechtfertigung, ZStW Bd. L (1930) / 339 ff
- Vorndran Wilhelm Die Mensur nach kanonischem Recht, Diss. Erlangen 1956

- Wachinger Michael Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten
Rechtsprechung des Reichsgerichts, Festgabe für
R.v.Frank zum 70. Geburtstag, Tübingen 1930/
471 ff
- Waider Heribert Die "Rechtswidrigkeit" des artifiziellen Abortes
und der Perforation in medizinisch indizierten
Fällen, zugleich ein Beitrag zur Methodologie des
Naturrechts, Diss. Köln 1950
- Walier Franz Euthanasie und Heiligkeit des Lebens, München 1935
- Weber Max Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der ver-
stehenden Soziologie, 1. Bd., 4. Auflage, Tübingen
1956
- Weizsäcker Viktor v. Euthanasie und Menschenversuche, Heidelberg
1947
- Weltkirchenlexikon Stuttgart 1960
- Welzel Hans Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,
Mannheim - Berlin - Leipzig 1935
Das deutsche Strafrecht, Berlin 7. Aufl. 1960
- Wolf Erik Der Sachbegriff im Strafrecht, Reichsgerichts-
festgabe Bd. V, Berlin - Leipzig 1929/44 ff
Zum Problem der Anerkennung von Überzeu-
gungsverbrechen, ZStW Bd. III (1927) / 396 ff
- Wolter Ladislaus Normative Tatbestandsmerkmale, MenschKrim
Bd. XXI (1930) / 455 ff
- Ziehen Titel siehe Baeyer Med. Klinik 55/168
- Zillig Georg Euthanasie, Hochland 1950/Bd. 42 / 337 ff
- Zillmer W. Die Revisionsbedürftigkeit des § 218 aus bevölke-
rungspolitischer Sicht, NJW 1958/2099
- Zinn Georg August Der politische Mord, NJW 1948/141

Der Einfluß sozialer Anschauungen und Wertungen auf die Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten, der Abtreibung und der Körperverletzung.

EINLEITUNG

Schon der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der vergangenen Jahrhunderte war es ein vertrauter Gedanke, daß die Übung des täglichen Lebens, getragen von der allgemeinen Rechtsüberzeugung, Recht schaffe, war das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle neben dem förmlichen Gesetz anerkannt. Die moderne Rechtswissenschaft dieses Jahrhunderts und der letzten Jahrzehnte des vorigen hat der Rechtsüberzeugung des Volkes, dem Volksempfinden, der kulturellen Wertung Bedeutung nicht nur für die Entstehung von Gewohnheitsrecht beigemessen, sondern die Wertung des Volkes auch in großem Maße als Auslegungsbehelf entdeckt. Teilweise ist man sogar so weit gegangen, die Wertung der Rechtsgemeinschaft als unmittelbare Rechtsquelle anzusehen. (So bei der Täterschaftslehre aber auch als Ursache für die Entstehung von Rechtslücken sowie als Maßstab für deren Ausfüllung). Diese Untersuchung dient dem Zweck, bei der Deliktsguppe der Tötungsdelikte, der Abtreibung und der Körperverletzung dem Einfluß nachzugehen, den die Wertungen des Volkes auf die gerichtliche Praxis hatten, wieweit insbesondere den Vorschlägen der juristischen Wissenschaft, die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf heranzuziehen, Rechnung getragen wurde.

Bevor aber in die Einzeluntersuchung eingetreten werden kann, muß jedenfalls kurz auf drei Fragen eingegangen werden: Die erste gilt den im Thema verwendeten Begriffen und dem Zeitraum, auf den sich die Untersuchung erstreckt. Die zweite richtet sich darauf, welche Möglichkeiten die Rechtstheorie erkennen hat, um die sozialen Wertungen der Rechtspraxis dienstbar zu machen.

Die dritte Frage schließlich hat die Methoden zum Gegenstand, die für eine Ermittlung der sozialen Wertungen zur Verfügung stehen.

1. Kapitel

Der Begriff der sozialen Anschauung und der sozialen Wertung, Zeitraum und Gegenstand der Untersuchung.

I. Worin das Wesen einer Wertung eigentlich besteht, ist eine tiefgehende philosophische Frage, deren mehreren Lösungsmöglichkeiten hier nicht nachgegangen werden kann. Den Bedürfnissen dieser Arbeit genügt aber eine so weit gefaßte Definition, daß die Differenzen zwischen den verschiedenen philosophischen Meinungen noch nicht ins Gewicht fallen: Wertung ist ein Urteil

über den Wertbezug eines Sachverhalts.¹⁾ Der Begriff der Wertung umfaßt insbesondere auch die Entscheidung bei der Kollision zweier oder mehrerer Werte.

Unter einer sozialen Anschauung wird dagegen ein Urteil verstanden, welches eine Aussage über Seinssachverhalte darstellt, wobei deren Wertbezug außer Betracht bleibt.²⁾

II. Subjekt und Träger der sozialen Anschauung und Wertung ist letztlich der einzelne Mensch. Nur er ist zu Wertungen fähig.³⁾ Das im Thema gebrauchte Attribut "sozial" bedeutet einmal nichts Anderes als eine vage Umschreibung des Personenkreises, der als Träger der Anschauung und Wertung in Frage kommt und soll den Raum bezeichnen, innerhalb dessen sich die Wertungen bewegen. Eine soziale Wertung ist jede Wertung, die innerhalb der Gesellschaft beheimatet ist. Naturgemäß können nur Wertungen solcher Personen Gegenstand dieser Arbeit sein, die im Geltungsbereich des deutschen Strafrechts leben.

Es soll durch das Wort "sozial" nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß die Wertung von einer Vielzahl von Personen geteilt werden, eine überwiegende, herrschende oder gar allgemeine Wertung sein müsse. Es gibt vielmehr der Möglichkeit nach ebenso viele verschiedene soziale Wertungen als es Glieder der Gesellschaft gibt. Dabei wird nicht übersehen, daß die Wertung des Einzelnen in vieler Beziehung von der seiner Umwelt abhängig ist, daß es Gruppenwertungen gibt, die ihr eigenes Schwergewicht gewonnen haben und daher ihrerseits in der Lage sind, die Wertung des einzelnen Mitglieds der Gruppe zu bestimmen. Diesen Zusammenhängen nachzugehen ist Aufgabe der Sozialpsychologie. Welche Ergebnisse immer sie zutage fördern mag: Immer ist der einzelne Mensch letzter Träger der Wertungen.

Kennzeichnet das Wort "sozial" somit einmal den Rahmen für die Wertungen, muß auch noch auf eine zweite Bedeutung hingewiesen und die soziale Wertung im Sinne dieser Arbeit von der individuellen Wertung abgegrenzt werden. Nach einer Definition von Max Weber⁴⁾ ist soziales Verhalten, - und auch inneres Verhalten wie eine Wertung ist hier eingeschlossen - nur dann gegeben, wenn es seinem Sinn nach auf das Verhalten anderer bezogen und daran in seinem

Anm. 1: In die Definition soll keine Aussage darüber aufgenommen werden, worauf dieses Werturteil beruht. Für die Frage, welcher Art dieser gesellschaftliche Vorgang sei, würden nämlich die Unterschiede der philosophischen Systeme sofort erheblich.

Anm. 2: Wenn im folgenden von den sozialen Wertungen die Rede ist, so gilt von den sozialen Anschauungen meist dasselbe, auch ohne daß dies immer ausdrücklich gesagt wird.

Anm. 3: So auch Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 1 Seite 6

Anm. 4: M. Weber, S. 1 und 11 insbesondere

Ablauf orientiert ist.

Mit anderen Worten: Eine soziale Wertung liegt nur dann vor, wenn der Wertende den Wert eines Verhaltens nicht nur für seine eigene Person sondern für das mitmenschliche Zusammenleben in der Gesellschaft beurteilt.

Eine soziale Wertung überwiegt, wenn sie inhaltlich von der Mehrzahl der Rechtsgenossen gebilligt wird, sie ist herrschend, wenn sie die Übung des täglichen Lebens im allgemeinen bestimmt, sie ist allgemein, wenn sie fast alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft teilen.

Der Begriff der sozialen Wertung im Sinne dieser Arbeit, aber auch der der überwiegenden sozialen Wertung deckt sich nicht mit der "öffentlichen Meinung". Da man hierunter einen Meinungs**in**begriff versteht, liegt der Unterschied zu der einfachen sozialen Wertung auf der Hand. Gegenüber der überwiegenden sozialen Wertung aber hat die öffentliche Meinung das besondere Merkmal der Öffentlichkeit voraus. Es ist denkbar und immer wieder vorgekommen, daß sich öffentliche Meinung und überwiegende soziale Wertung nicht decken, und zwar immer dann, wenn es den sozialen Wertungen nicht in vollem Umfang möglich ist, in die Öffentlichkeit zu dringen. Störungen im Deckungsverhältnis von überwiegender sozialer Wertung und öffentlicher Meinung können etwa dann eintreten, wenn die Vertreter einer Minderheitswertung im Alleinbesitz der Aussagemöglichkeiten von Presse, Film und Funk sind und deshalb die Mehrheitswertung im Raume der Öffentlichkeit ohne Stimme bleibt. Die schlimmsten Störungen aber können eintreten, wenn die öffentliche Meinung durch die öffentliche Gewalt manipuliert wird, weil eigentlich nur in diesem Falle ein echtes Meinungsmonopol geschaffen werden kann. Ein solches Auseinanderfallen von öffentlicher Meinung und herrschender sozialer Wertung läßt sich auch im Rahmen dieser Arbeit gelegentlich feststellen. So etwa bei der Forcierung des eugenischen Gedankens im Laufe der dreißiger Jahre. Ein Auseinanderfallen von öffentlicher Meinung und überwiegender sozialer Wertung wird freilich nicht die Regel sein. Vielmehr muß die öffentliche Meinung als ein wesentliches Indiz für den tatsächlichen Stand der Wertungen angesehen werden.⁵⁾

Objekt der sozialen Wertungen sind im Rahmen dieser Arbeit die Handlungen der Tötung, Abtreibung und Körperverletzung unter Berücksichtigung der jeweils besonderen Motive und Umstände. Objekt der sozialen Anschauungen im Sinne dieser Arbeit sind die den Wertungen vorgegebenen Sachstrukturen, etwa das Wesen der Leibesfrucht oder die möglichen Auswirkungen der körperlichen Züchtigung auf das zu erziehende Kind. Allerdings sollen hier nur Vorsatztaten betrachtet werden. Wollte man auch die Fahrlässigkeitsdelikte in die Betrachtung einbeziehen, so würde dies gerade bei der hier behan-

Anm. 5: Zu den verschiedenen Indiztatsachen, die bei der Ermittlung des Standes sozialer Wertungen zu beachten sind, vergleiche unten S. 19 ff

delikten Deliktsgruppe ins Uferlose führen. Hier sei nur so viel gesagt, daß sich ohne einen Blick auf die sozialen Wertungen, auf das sozial Übliche, kaum jemals sagen lassen wird, daß fahrlässiges Handeln gegeben ist. Dies kommt etwa dann zum Ausdruck, wenn die Rechtsprechung auf die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Handwerkers oder Kraftfahrers abstellt.

III. Der Gesichtspunkt der sozialen Wertung ist regelmäßig letztlich derjenige des Rechts. Freilich taucht nun sofort die Frage auf, was denn eine Wertung zu einer rechulichen mache. Es ist leicht ersichtlich, daß sie eng zusammenhängt mit der weiteren Frage nach dem Wesen des Rechts. Wer in ihm lediglich ein Zweckgebilde formaler Art zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sieht, wird den Begriff der rechtlichen Wertung wesentlich anders verstehen als derjenige, für den das Recht darüber hinaus wesensmäßig auch Träger sittlicher Gedanken und Anschauungen ist. Diese zweite Auffassung kann für das Strafrecht als herrschend angesehen werden, obwohl es freilich an anderslautenden Stimmen nicht fehlt.⁶

Auch diese Arbeit geht von ihr aus. Die rechtliche Wertung wird entsprechend als ein komplexes Gebilde aufgefaßt, das Bestandteile verschiedener Art aufweist. Wesentlich gehört zum Urteil über die Rechtswidrigkeit der Handlung die sozial-ethische Bewertung neben Erwägungen darüber, ob im Interesse der öffentlichen Ordnung und des Rechtsfriedens eine strafrechtliche Reaktion angemessen erscheint. Für den Kernbereich des Strafrechts soll darüber hinaus die Behauptung gewagt werden, daß nicht nur die normierende Wirkung einer Rechts-

Anm. 6: Dieses alte Problem ist in der Strafrechtswissenschaft meist in Gestalt der Frage nach dem Grund staatlichen Strafens und nach den Strafzwecken abgehandelt worden. Es hat neue Bedeutung bei der Diskussion der strafrechtlichen Reformvorschläge erlangt. Die Haltung zu diesem Problem bestimmt nämlich auch das Votum für oder gegen ein Schuldstrafrecht. Wenn die Mehrheit der Mitglieder des Juristentages 1960 (NJW. 1960 S. 1946) sich für ein Festhalten am Schuldgrundsatz aussprach und der E 1960 die gleiche Haltung einnahm, so ist dies als ein Anzeichen dafür zu werten, daß das Strafrecht in der Juristenschaft noch immer überwiegend als Träger sittlicher Gedanken betrachtet wird. An modernen Veröffentlichungen hierzu seien noch genannt: Jeschek, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform 1957, S. 13f insbesondere; Spendel, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform NJW 1960 S. 1700; Mergen, Die soziale Zweckmäßigkeit in der modernen Kriminalpolitik, Rittler - Festschrift 1957 S. 24 und ebenda, S. 88 insbesondere, Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung; Fritz Bauer, Die Verbrechen und die Gesellschaft 1956 S. 10. Aus diesem Schriftstück sei hier wörtlich nur eine Stelle aus der oben genannten Veröffentlichung von Nowakowski angeführt, die mit kennzeichnend für die Konzeption eines "wertfreien" Strafrechts zu sein scheint: "Man ist berechtigt, die Überwindung des Vergeltungsstrafrechts und die Preisgabe der Vorstellung, daß strafrechtliche Schuld zugleich sittliche Schuld sein müsse, zu fordern."

vorschrift, das ist ihre tatsächliche Geltung, auf der gleichlautenden sittlichen Wertung beruht,⁷ sondern daß die soziaethische Bewertung vor allen anderen Gesichtspunkten das Rechtswidrigkeitsurteil inhaltlich bestimmt, ihm materialen Gehalt gibt.⁸

Dem juristischen Laien sind die anderen Bestandteile des rechtlichen Werturteils deshalb häufig nicht mehr bewußt, folgt für ihn die Strafwürdigkeit natürlicherweise aus dem materialen Unwerturteil. Dies gilt um so mehr, je evident und handgreiflicher die Sittenverletzung wird.⁹

Wegen dieser Erscheinung werden im Laufe dieser Arbeit auch solche Wertungen angeführt, die zunächst rein sittliche Wertungen zu sein scheinen und zwar solange, als sich kein Anhaltspunkt für ein mögliches Auseinanderfallen von rechtlicher und sittlicher Wertung ergibt. Die Gleichsetzung wird insbesondere dort nicht erfolgen können, wo es sich um besonders gelagerte Fälle handelt, die häufig zwar immer noch als sittenwidrig, nicht mehr aber als strafwürdig empfunden werden. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die sozialen Wertungen im Sinne der Arbeit regelmäßig zugleich rechtliche Wertungen sind, wobei freilich deren materialer Bestandteil besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird.

Anm. 7) Tiefer ausgedrückt hat diesen Gedanken Radbruch, Rechtsphilosophie S. 174, wenn er die Ethik als Geltungsgrund der rechtlichen Normen bezeichnet: "Die Rechtsphilosophie vermag aus eigener Kraft den Gedanken der Rechtspflicht nicht zu begründen. Sie kennt das Recht in normativer Form nur als Maßstab, als Imperativ und in faktischer Gestalt. Zur Pflicht wird das rechtlich Gebotene erst dadurch, daß es zur sittlichen Pflicht erhoben wird, also im Bereich der Ethik. Die Rechtspflicht ist damit als sittliche Pflicht ... begründet."

Anm. 8: So ist es wohl zu verstehen, wenn Engisch, Einführung S. 98 davon spricht, daß dem heutigen Juristen das Strafrecht nicht mehr allein als Schutz von Interessen und Bereinigung von Interessenkonflikten erscheine, sondern als Träger sittlicher Gedanken. Oder wenn Laun, Recht und Sittlichkeit S. 32 sagen zu dürfen meint: "Gewissen und Rechtsgefühl sind im Sinne einer schöpferischen Quelle höchster eigengesetzlicher Werte eines und dasselbe." Ganz ähnlich auch Coing, Rechtsphilosophie, S. 147 insbesondere. - Eine Vermengung der Begriffe Recht und Sittlichkeit enthält die hier aufgestellte Behauptung nicht. Immer nämlich enthält das sittliche Unwerturteil für sich allein noch keinen hinreichenden Grund für die Strafe, sondern muß sich ihre Notwendigkeit aus dem allgemeinen Sicherungs- und Ordnungsbedürfnis ergeben. Funktionen und Autorität des Staates werden durch die Aufgabe, Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten, begrenzt und nur innerhalb dieser Grenzen kann sich der Staat für die Verwirklichung sittlicher Werte einsetzen. Aus diesem Grunde kann, ja muß, das staatliche Recht immer wieder hinter den Forderungen der Sittlichkeit zurückbleiben. Dies ist auch von der katholischen Moralthologie, die weitergehender Forderungen wohl am meisten verdächtig worden ist, immer wieder betont worden. Vgl. etwa Schöllgen, Handbuch der kath. Sittenlehre, Bd. 5 Seite 248/49.

Ausnahmsweise ist der Gesichtspunkt der sozialen Wertung in dieser Arbeit aber nicht der des Rechtes sondern der der Sittlichkeit oder guten Sitte, so bei den Merkmalen, bei denen das Gesetz selbst auf die Normen der Sittlichkeit und der guten Sitten verweist.

IV. Es könnte noch die Frage auftauchen, ob es wesentlich zu den rechtlichen sozialen Wertungen im Sinne dieser Arbeit gehört, daß sich der Wertende in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht zu befinden glaubt. Dies ist nicht der Fall. Ermittelt werden sollen die nach Ansicht des Wertenden richtigen Wertungen, gleichgültig ob es sich dabei um rechtspolitische Vorstellungen handelt oder nicht.

V. An dieser Stelle sei noch eine kurze Bemerkung darüber eingeschaltet, in welchem Verhältnis die soziale Wertung im Sinne dieser Arbeit zum sog. Rechtsgefühl steht.

Riezler¹⁰ mißt dem Begriff eine dreifache Bedeutung bei:

- a. Die Fähigkeit zu intuitiver Erfassung und Anwendung dessen, was geltendes Recht ist
- b. Gefühl für das, was Recht sein soll als gefühlsmäßige Neigung zu einem bestimmten Rechtsideal
- c. Gefühl dafür, daß nur das dem Recht Entsprechende geschehen soll als Gefühl der Achtung vor der bestehenden Rechtsordnung.

Nach Hubmann¹¹ ist Rechtsgefühl das auf einen intuitiven Erkenntnisvorgang gegründete Innesein des Wertbezugs eines Sachverhalts, in dem sich etwa auch die Lösung von Wertkollisionen abzeichnet.

Der soziale Wertung dieser Arbeit und das Rechtsgefühl nach Riezler in dem unter b bezeichneten Sinne wie auch das Rechtsgefühl nach Hubmann decken sich bis zu einem gewissen Grade.¹² Der Begriff der sozialen Wertung ist aber

Anm. 9: Ein innerer Zusammenhang zwischen Verletzung des Sittengesetzes und Friedensgefährdung ergibt sich zwanglos, wenn man auch das Sittengesetz als in der Natur der Sache begründet ansieht, wie dies für die Friedensgefährdung ja selbstverständlich ist.

Anm. 10: Riezler, Das Rechtsgefühl, Seite 6 ff

Anm. 11: Hubmann, Naturrecht und Rechtsgefühl, Archiv für die zivil. Praxis, 153/1954 S. 298 ff.

Anm. 12: Die großen Unterschiede, die zwischen den Meinungen der beiden Autoren bestehen, werden nicht verkannt. Sie bestehen insbesondere in der Frage, inwieweit im Rechtsgefühl echte Erkenntnisse zum Ausdruck kommen. Da diese Frage nach dem Wesen rechtlichen Fühlens aber wieder in eine weitgespannte philosophische Problematik mündet, soll nicht näher darauf eingegangen werden.

weiter als der des Rechtsgefühls. Dieses ist zwar ein wesentlicher Bestandteil jeder rechtlichen sozialen Wertung, jedoch nicht der einzige. Die soziale Wertung ist nämlich auch ein rational begründetes Urteil, da jedenfalls gewisse Sachstrukturen vorgegeben und verstandesmäßig erfaßbar sind.¹³ Zudem ist die soziale Wertung in Rechtsdingen, wie oben bereits ausgeführt, auch Zweckmäßigkeitsentscheidung.

VI. Der Zeitraum, aus dem die sozialen Wertungen stammen müssen, um in dieser Arbeit Berücksichtigung zu finden, erstreckt sich grundsätzlich von 1871 bis zur Gegenwart, das ist also auf die Zeit seit Bestehen des Strafgesetzbuches. Dabei soll besonderes Augenmerk auf einen etwaigen Wertungswandel gelegt werden. Die deutsche Geschichte im genannten Zeitraum weist eine deutliche Gliederung in vier Abschnitte auf; Die Zeit von 1871 bis zum Ende des ersten Weltkrieges, die Weimarer Zeit, die Zeit des sogenannten Dritten Reiches und die noch fortdauernde Nachkriegszeit von 1945 bis heute. Jeder dieser Abschnitte ist nicht nur durch eine besondere äußere sondern auch durch eine charakteristische geistige Situation gekennzeichnet: Entsprechend wechselt auch das Bild der sozialen Wertungen zu bestimmten Fragen der hier behandelten Delikte.

Anm. 13: Ähnlich etwa Mezger, Einleitung zum LK 1954 Seite 2; Coing, Rechtsphilosophie, Seite 118 ff

Dies hängt zusammen mit dem Problem, inwieweit ein Zusammenhang zwischen Sollen und Sein besteht und insbesondere der Frage, ob der sog. Natur der Sache rechtsgestaltende Wirkung zukommt. So verschieden die Meinungen hier auch sein mögen: Niemand wird leugnen, daß die Lebensgegenstände, die dem Recht vorgegebensind, in mannigfaltiger Weise gegliedert sind und das Recht sich eben dieser Gliederung tausendfach angepaßt hat.

2. Kapitel

Die Einflußmöglichkeiten der sozialen Wertungen auf die Rechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der Auslegungsmethodik.

§ 1

Soziale Wertungen können auf die Rechtspflege auf zwei verschiedenen Wegen Einfluß gewinnen: Entweder offen als Auslegungsbehelf oder in der Form des Gewohnheitsrechtes oder aber verdeckt, sei es in der Gestalt äußeren Zwanges durch die öffentliche Meinung, sei es unbewußt für den Richter auf dem Umweg über seine Vorstellungswelt. Der sicher sehr weitreichende verdeckte Einfluß der sozialen Wertungen entzieht sich weitgehend der Kontrolle, allenfalls kann die Psychologie einiges dazu beitragen, inwieweit die Wertungen des Einzelnen durch die Wertungen der Gesellschaft bestimmbar sind. Im übrigen kann man nur hoffen, daß ein intakter Richterstand sich im allgemeinen dem Druck der öffentlichen Meinung nicht beugen wird. Es wäre aber unrealistisch, wenn man mit einem gewissen Einfluß nicht rechnen würde. Von einer einzelnen Entscheidung zu sagen, in ihr habe das Gericht der öffentlichen Meinung nachgegeben, fällt aber immer schwer und will um so gründlicher überlegt sein, als eine dahin gehende Behauptung dem Vorwurf der Rechtsbeugung recht nahe kommt. Wegen dieser Schwierigkeiten, den verdeckten Einfluß der sozialen Wertungen auf die Rechtsprechung nachzuweisen, wird sich die Arbeit nur mit dem offenen Einfluß der sozialen Wertungen im oben genannten Sinne befassen.

§ 2

Schon immer ist der *communis opinio* in der Form des Gewohnheitsrechtes rechtschaffende Kraft zuerkannt worden, wobei man freilich als die Offenkundigkeit des Rechts garantierendes Merkmal verlangte, daß die Rechtsüberzeugung in der Übung des täglichen Lebens ihren Niederschlag fand.

§ 3

Die Rechtswissenschaft dieses Jahrhunderts und des ausgehenden vorigen hat für die sozialen Wertungen das weite Feld der Auslegung als Einflußbereich erschlossen. Dabei kommt den sozialen Wertungen die größte Bedeutung im Rahmen der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode zu. Diese Methode wurzelt in zwei grundsätzlichen Überlegungen: Einmal der Erkenntnis der Natur des Rechts als eines Zweckgebildes, die zunächst für das Zivilrecht Verbreitung fand, dann aber auch in das Strafrecht eindrang. Sie hat im Strafrecht zur Entwicklung des Rechtsgutsbegriffes geführt. Freilich hat sich auch die Auffassung vom Wesen der Rechtsgüter gewandelt. Während Rechtsgut anfänglich mit dem geschützten Interesse gleichgesetzt wurde, ist man

sich in der Gegenwart in zunehmendem Maße darüber klar geworden, daß ein solches reines Zweckdenken nicht genügt, um den sittlichen Gehalt des Strafrechts in den Blick zu bekommen. Im Grunde läuft dies auf eine Erweiterung des Rechtsgutsbegriffes hinaus, auch wenn von den Vertretern dieser moderneren Auffassung teilweise noch der alte Rechtsgutsbegriff gebraucht wird, während sie gleichzeitig betonen, das Verbrechen sei auch unerträgliche Verletzung des Sittengesetzes. Der Grund für die Entwicklung der teleologischen Auslegungsmethode oder des kausalen Rechtsdenkens war zweifach:^{1a} die zunehmende Erkenntnis davon, daß die Sprache nur in Grenzen ein logisches Gebilde und zur eindeutigen Vermittlung von Sinngehalten geeignet ist und das Bestreben, das Gesetz mit materialen Gehalten anzureichern.

Die zweite Wurzel der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode ist die Abkehr von der überkommenen subjektiven Auslegungsmethode, die das Gesetz

Anm. 1: Siehe Engisch, Einführung S. 98/99, auch S. 20 und das dort angeführte Zitat nach H. Mayer: "Das Verbrechen ist Rechtsgüterverletzung, darüber hinaus aber unerträgliche Verletzung der Sittenordnung." - Auf die Grenzen einer reinen Interessenjurisprudenz im Strafrecht hat Engisch auch in der Monatsschrift f. Kriminalpsych. und Strafrechtsreform Nr. 35 (1934) S. 63 ff hingewiesen.

Anm. 1a: Urheber der teleologischen Auslegungsmethode im modernen Sinn war Rudolf v. Ihering. In seinem bekannten Werk "Der Zweck im Recht" kennzeichnet er das Recht als Zweckgebilde, als Kulturgebilde, das den Sinn hat, Zwecke (Interessen) zu verwirklichen. Speziell zum Strafrecht vgl. "Der Zweck im Recht" 1. Bd. S. 3/7 ff. Der besonders in der Strafrechtsdogmatik bis heute viel gebrauchte Begriff des Rechtsgutes findet sich bereits hier und wird mit dem rechtlich geschützten Interesse gleichgesetzt. Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, insbesondere S. 22/23, führt die teleologische Auslegungsmethode vollendet durch, wenn er den Zweckgedanken = Rechtsgut des einzelnen Strafrechtssatzes als entscheidendes Auswahlprinzip bei der strafrechtlichen Begriffsbildung ansieht: Der Zweckgedanke ermöglicht es, die wesentlichen von den unwesentlichen Merkmalen eines Begriffes zu scheiden. Wenn hier von kausalem Rechtsdenken gesprochen wird, so wird darunter einmal und vor allem das teleologische Denken der sog. Interessenjurisprudenz verstanden, wie es insbesondere von Philipp Heck entwickelt worden ist. Etwa in Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz S. 8 ff, 54 ff, 245. Dabei wird nicht übersehen, daß sich die Begriffe Interessenjurisprudenz und kausales Rechtsdenken nicht völlig decken. Hierauf hat insbesondere Müller - Erzbach hingewiesen: Vgl. Die Rechtswissenschaft im Umbau, S. 13 ff und 67 ff insbesondere. Vgl. auch Engisch, Einführung S. 186: Es gibt noch andere kausale Faktoren der Rechtsbildung als die Interessen: die Machtlage, die Herrschaft über die Gefahr, das Vertrauen usw., kurz die Gründe für die Bevorzugung des einen oder anderen Interesses.

zunächst und vor allem als Willenserklärung eines historischen Gesetzgebers verstand.

Demgegenüber erklärte die objektive Auslegungsmethode den Willen des Gesetzgebers für allein maßgeblich. Ihr Ziel ist nach Nipperdey² die "Erforschung des Willens, die das Gesetz hat als konstante lebendige Kraft, den wir, die Auslegenden, in den vom Gesetzgeber festgestellten Worten unter Berücksichtigung des Rechtssystems und der ganzen gegenwärtigen Verhältnisse finden, auch wenn wir klar erkennen, daß der Wille des historischen Gesetzgebers ein anderer war." Die objektive Auslegungstheorie sah sich aber bald außerstande, die Auslegungsarbeit allein mit Hilfe des Gesetzestextes zu bestreiten. Die angeführte Definition von Nipperdey zeigt dies deutlich. Dies führte zur Entwicklung der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode im weiteren Sinne: Die Einbeziehung des kausalen Denkens in die objektive Methode brachte aber eine besondere Schwierigkeit mit sich: Es erhob sich nämlich die Frage, wohn denn der Sinn und Zweck des Gesetzes, auf den hin und mit dessen Hilfe die Interpretation des Gesetzes durchgeführt werden sollte, seinen Ausdruck gefunden habe. Der Blick ins Gesetz allein konnte nicht die nötige Aufklärung schaffen, denn dieses sollte ja gerade mit Hilfe seines Zweckgedankens ausgelegt werden. Die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers und seine Wertungen mußten gleichfalls außer Betracht bleiben, da ihre Berücksichtigung dem Grundgedanken der objektiven Auslegungsmethode widersprochen hätte. Es ist dieses Problem, von dem Engisch³ spricht, wenn er sagt: "Das, was als objektiv vernünftig, gerecht, zweckmäßig, zeitgemäß, gegenwartsnahe dem Gesetzestext zu entnehmen ist, kann ihm nur abgewonnen werden, wenn wir wissen, was wir wollen ... Nur wenn wir die Entscheidung und die sie tragenden materiellen Gründe zuvor schon konzipiert haben, also eigentlich antezipiert haben, können wir an das Gesetz mit der Frage herantreten, wieweit diese Entscheidung den Worten des Gesetzes als möglicher Sinn innewohnt."

Speziell für das Strafrecht bedeutet dieser Gedanke, daß der Auslegende seine Arbeit mit vorgefaßten Vorstellungen über Unrechtsgehalt und Strafwürdigkeit beginnen und dann erst fragen muß, ob das Gesetz nach Wortlaut und Systematik eine solche Auslegung erlaubt.

Sofort wird nun aber die weitere Frage aktuell, wessen Vorstellungen und Wertungen an das Gesetz herangetragen und als Auslegungsbehelf verwendet werden sollen. Es bieten sich entweder Vorstellungen und Wertungen des Auslegenden

Die hier vertretene Auffassung, der Rechtsgutsbegriff sei wandlungsfähig und vermöge auch dem heutigen kausalen Rechtsdenken Rechnung zu tragen, wird etwa von Mezger, LK 1954, S. 1/2 geteilt.

Anm. 2: Enneccerus - Nipperdey 1952 § 51 S. 192 ff

Anm. 3: Engisch, Einführung Seite 98

selbst an oder aber Vorstellungen und Wertungen einer Mehrheit, einer führenden Schicht, der **Allgemeinheit**. Die Mehrzahl der Vertreter der objektiv-teleologischen **Auslegungsmethode** glaubt, den Richter an die Wertungen der **Allgemeinheit**, Mehrheit oder führenden Schicht binden zu müssen und befürchtet bei einer Feststellung des Richters subjektiv gefärbte und zur Willkür tendierende Urteile.⁴ Damit sind die sozialen Wertungen im Sinne dieser Arbeit in großem Stile zum **Auslegungsbehelf** geworden.⁵

Anm. 4: Die objektiv teleologische **Auslegungsmethode** hat in der modernen Methodenlehre fast allgemeine **Anerkennung** gefunden und die überlieferte subjektiv-teleologische **Auslegungsmethode** fast völlig verdrängt. Von ihren Vertretern im Strafrecht sollen nur einige genannt werden: Binding, Handbuch S. 454, (auch S. 463); Fr. v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze I S. 224; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 61 ff; Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 2/20; Mezger, Lehrbuch S. 197 ff, LK 1954 S. 1/2; Sauer, Juristische Methodenlehre S. 294; 297; Maurach, Lehrbuch AT S. 80 und 169 und viele andere. Die subjektiv-teleologische **Auslegungsmethode** ist vertreten durch Bierling a. a. O. IV, S. 280. H. Mayer, Lehrbuch des Strafrechts S. 84 und Engisch, Sauerfestschrift S. 93, **Anm. 31** sowie Einführung S. 95/96.

Aus dem außerstrafrechtlichen Bereich ist als Anhänger einer gemäßigt subjektiv teleologischen **Auslegungsmethode** Nipperdey in Enneccerus - Nipperdey 1. HBd. S. 192 ff zu nennen, während umgekehrt Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 239 ff, grundsätzlich für die objektive **Auslegungstheorie** eintritt. Die Bezugnahme der Vertreter der objektiv-teleologischen **Auslegungsmethode** auf die sozialen Wertungen kommt etwa in folgenden Formulierungen zum Ausdruck: "Die Kulturüberzeugung der maßgebenden Schichten erhebt ein Interesse zum Rechtsgut." (Maurach a. a. O.; ähnlich Beling, Arch. Ziv. Pr. Bd. 133 S. 11) ("Der Inhalt der Gesetze ändert sich mit den Wertanschauungen des Volkes und der Richter hat bei seiner **Anwendung** diesem Wandel Rechnung zu tragen." (Sauer a. a. O. S. 297)

Ähnlich sinngemäß Nagler LK 6. Aufl. S. 5 und 31 (Bedeutung des "gesunden Volksempfindens" für die **Auslegung** wird betont!) Weit zurückhaltender formuliert dagegen Larenz, a. a. O. S. 262: Als Grund für den Bedeutungswandel einer Norm wird zwar auch ein Wertungswandel innerhalb der Rechtsgemeinschaft genannt, dieser Wandel soll aber nur dann zu einer veränderten **Auslegung** des Gesetzes führen können, wenn der Wandel übergeordnete Rechtsprinzipien und Bewertungsgrundsätze betrifft und im Falle der Nichtbeachtung sich ein schwerwiegender Wertungswiderspruch innerhalb der Rechtsordnung ergeben würde. In allen anderen Fällen soll nach Larenz die ursprüngliche **Auslegung** beibehalten werden, wobei dem Willen des historischen Gesetzgebers die Bedeutung eines hauptsächlichen Indizes für den normativen Sinn einer Vorschrift zufällt.

Anm. 5: Diese Entdeckung der sozialen Wertungen als **Auslegungsbehelf** hat we-

Ein Gebiet, auf dem die objektive Auslegungsmethode absolut dominiert und zwar in der Gestalt, daß der Richter an die Anschauungen und Wertungen innerhalb der Rechtsgemeinschaft gebunden wird, sind die normativen Tatbestandsmerkmale. Sie sind ein Hauptanwendungsfall der sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf. Allerdings ist sich die Wissenschaft nicht völlig darüber einig, was unter einem solchen "normativen Tatbestandsmerkmal" zu verstehen sei.⁶ Alle Autoren aber zählen hierzu solche Tatbestandsmerkmale, in

sentliche Impulse erfahren durch die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, wie sie durch M.E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, insbesondere S. 16 ff und W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre S. 52 ff, entwickelt worden ist. Nach ihr wird die materielle Rechtswidrigkeit durch den Verstoß gegen die "kulturellen Wertungen" begründet, erscheint die materielle Rechtswidrigkeit als innere Voraussetzung positiv-rechtlicher Sanktionen.

Anm. 6: Mezger, Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, Festschrift für Traeger, S. 215 ff, versteht unter normativen Tatbestandsmerkmalen solche, die vom auslegenden Richter nicht eine lediglich kognitive Tätigkeit verlangen sondern eine normativ-wertende, wobei das Gesetz selbst das abschließende Werturteil über den Sachverhalt nicht enthält. Er unterscheidet verschiedene Arten normativer Tatbestandsmerkmale: Rechtlich normative, die auf andere Vorschriften oder Rechtsgebiete verweisen, kulturell-normative, die auf bestimmte Kulturnormen Bezug nehmen und schließlich subjektiv-normative Merkmale, welche die Eigenwertung des Richters ansprechen.

Wolter, Strafrechtliche Abhandlungen 1930, Bd. XXI S. 455ff, übernimmt im wesentlichen die Mezgersche Definition.

Eichmann, Der Vorsatz bei den normativen Tatbestandselementen, bezeichnet als letztes Kennzeichen des normativen Merkmals die Urteilssubjektivität, glaubt sich selbst dabei, aber wohl nicht völlig zu recht, in Übereinstimmung mit Mezger.

Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht S. 6, unterscheidet juristisch-normative und allgemein normative TB-Elemente, die vom Richter eine Beurteilung auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung, eine außer-juristische Wertung, eine Stellungnahme auf weltanschaulicher Grundlage erforderten, während jene ihn zur Ausfüllung des gesetzlichen Werturteile auf andere Rechtsgebiete verwiesen.

Wolf, Der Sachbegriff im Strafrecht, Reichsgerichtsfestgabe S. 44 ff, unterscheidet deskriptive und normative Begriffe und unter letzteren wertgefüllte und wertausfüllungsbedürftige. Bei den wertausfüllungsbedürftigen soll eine subjektive Wertung zur Ausfüllung erforderlich sein.

Engisch, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für Mezger S. 127 ff, bezeichnet als das entscheidende Kriterium der normativen

denen das Gesetz auf einen außerrechtlichen Normenkomplex verweist, sei es auf Geschäftsbräuche⁷ oder Standesübungen, auf die guten Sitten oder die Sittlichkeit.

Nur von dieser Gruppe der normativen Tatbestandsmerkmale, die sich im wesentlichen mit den kulturell-normativen Tatbestandsmerkmalen im Sinne Mezgers deckt, soll hier die Rede sein. Mag auch, wie Engisch⁸ ausführt, bei vielen Autoren die Auffassung verbreitet sein, ein mehr oder weniger starkes subjektives Element wohne allen normativen Merkmalen inne,⁹ so ist doch bei nahezu allen Schriftstellern die Wertung der Allgemeinheit, einer Mehrheit, eines Berufsstandes, bestimmter Bevölkerungsschichten Zielpunkt der Auslegung, die der Richter nach Möglichkeit ermitteln soll und an die er gebunden ist.¹⁰ Engisch¹¹ sieht in dieser Zielrichtung der Auslegung die Abgrenzung zwischen normativen Begriffen und Ermessungsbegriffen begründet. Als Kennzeichen der letzteren betrachtet er die Urteilssubjektivität.

Nach dieser Auffassung sind somit die sozialen Wertungen der entscheidende Auslegungsbehelf bei der Auslegung vieler normativer Tatbestandsmerkmale, ein Umstand, der von um so größerer methodologischer Bedeutung ist, als die

Tatbestandsmerkmale die Wertausfüllungsbedürftigkeit, da nur bei einer solchen Deutung dem Begriff der normativen Tatbestandsmerkmale als einem juristischen Zweckbegriff praktische Bedeutung verliehen werden können. In Einf. S. 110 wird der Begriff der Wertausfüllungsbedürftigkeit dahin umschrieben, daß die Begriffe ihren Sinngehalt hier in irgendwelchen Normen befestigen, und zwar entweder in Normen des Rechts oder aber der Moral oder eines anderen kulturellen Bereiches.

Anm. 7: Grünhut, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen, Reichsgerichtsfestgabe S. 117 ff., hat dies insbesondere für die normativen Tatbestandsmerkmale des § 266 StGB festgestellt: "Hier muß der Richter das noch erlaubte Risiko von der Untreuehandlung abschichten. Hierbei wird er wohl die Anschauungen kaufmännischer Kreise über das noch Tragbare zugrundelegen."

Anm. 8: Festschrift für Mezger, S. 149/50

Anm. 9: Insbesondere wohl Mezger, a. a. O. S. 215, 229 (einschränkend!)

Anm. 10: Engisch, Einf. S. 124 und Festschrift für Mezger S. 152: "... dies alles sind Fragen, die das Gesetz nicht durch eine höchstpersönliche Wertung des Richters beantwortet wissen will. Das Gesetz ist hier vielmehr der Auffassung, daß es maßgebliche sittliche Anschauungen gibt, von denen sich der Richter leiten lassen soll."

Schönke - Schröder § 180 III; ähnlich § 226 a III 2: "Maßgebend sind die Umstände des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der Anschauungen der betreffenden Bevölkerungskreise; Maurach, siehe oben Anm. 4; Mezger a. a. O. S. 227/229

Anm. 11: Festschrift für Mezger S. 154

moderne Gesetzgebungstechnik normative Tatbestandsmerkmale in zunehmender Zahl gebraucht. Im Rahmen der hier behandelten Deliktsgruppe gibt es normative Merkmale in § 211 (heimtückisch, grausam, niedrige Beweggründe), 223, 223 a, 223 b (Mißhandlung, gefährliches Werkzeug, roh mißhandeln) 226 a (gute Sitten). Im übrigen sind auch Begriffe wie Fahrlässigkeit, mildernde Umstände usw. normativer Natur.

§ 5

Ein Überblick über die Einflußmöglichkeiten sozialer Wertungen auf die Rechtspflege darf die Lehre vom normativen Tätertyp nicht übergehen. Man wird sich dabei aber darüber klar werden müssen, daß sie den sozialen Wertungen eine Rolle zuweist, die über die eines bloßen Auslegungshilfs noch hinausgeht: Die sozialen Wertungen erscheinen recht eigentlich als neu erkannte Rechtsquelle.

Die Lehre vom normativen Tätertyp versteht sich als einen wesentlichen Schritt in den Bestrebungen zur Materialisation des Strafrechts. Sie geht von der Erkenntnis aus, daß der Formulierung der gesetzlichen Vorschriften bestimmte Leitbilder zugrunde liegen, die durch die Lebenserfahrung vermittelte Kenntnis typischer Ausprägungen des Verbrechens und der Verbrecherpersönlichkeit. Diese Leitbilder können bei der Formulierung des Gesetzes in den seltensten Fällen kasuistisch erschöpfend aufgezählt werden. Die Gesetzgebungstechnik ist daher gezwungen zu abstrahieren. Dies führt aber dazu, daß der Wortsinn einer Vorschrift oft weiter reicht als das sozialethische Ururteil und Fälle erfaßt, die den Leitbildern der Lebenserfahrung nicht entsprechen. Die Lehre vom normativen Tätertyp hat es sich nunmehr zu Ziele gesetzt, umgekehrt den Weg vom Gesetz zu den Leitbildern zu gehen und mit ihrer Hilfe eine Korrektur der Unbilligkeiten zu versuchen, die durch ein rein formales Zutreffen des Gesetzes entstehen könnten. Die Leitbilder wollen die Vertreter dieser Lehre dem Rechtsbewußtsein des Volkes entnehmen.¹² Es liegt auf der Hand,

Anm. 12: So soll es feste Leitbilder des Mörders, Abtreibers usw. geben, unter die etwa ein Arzt nicht fällt, der eine medizinisch-indizierte Schwangerschaftsunterbrechung vornimmt usw. - An Literatur siehe namentlich: Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht 1940; Freisler DJ 1941 S. 29; Gleispach, Das kommende deutsche Strafrecht BT 1935, S. 255; auch Mezger, Studienbuch 1954 S. 48 und Schönke-Schröder 1961, S. 21. - Gallas, Tat und Täterstrafrecht, ZStW 1941 Bd. LX S. 374 ff und Gemmingen, Zum Täterproblem, ZStW LXII, 1943, S. 266 ff. Die beiden letztgenannten Autoren sind um eine tiefere Begründung der Lehre vom Tat- bzw. Tätertypus bemüht. Es wird ausgeführt, daß die logisch zergliedernde Methode der Feststellung einzelner Tatbestandsmerkmale nicht genüge, um die Lebenswirklichkeit des Verbrechens richtig erfassen zu können. Es bedürfe hierzu einer Leitbildtechnik, in deren Entwicklung der Sinn der Tat-

daß mit der Verwirklichung dieser Lehre den sozialen Wertungen im Sinne dieser Arbeit ein weites Einflußgebiet geöffnet würde.

§ 6

Ein weiteres bedeutsames Einflußgebiet hat die Rechtslehre den sozialen Wertungen in der Rechtsfigur der sog. sekundären Gesetzeslücken erschlossen. Auch hier geht die Rolle der sozialen Wertungen über die eines bloßen Auslegungsbehelfs hinaus.

Der Begriff der Rechts- oder Gesetzeslücke kann an dieser Stelle nicht eingehend untersucht werden. Er war Gegenstand umfangreicher Erörterungen im methodischen Schrifttum, es besteht heute aber grundsätzlich Einigkeit darüber, daß eine Lücke dort vorliegt, wo eine wertende Beurteilung des positiven Rechts für die Regelung eines bestimmten Sachverhaltes eine Rechtsnorm vermissen läßt. Engisch bezeichnet Lücken als Mängel des positiven Rechts, die als Fehlen rechtlicher Regelungsinhalte dort, wo sie für bestimmte Sachverhalte erwartet seien, spürbar würden und ihre Behebung durch eine rechts-ergänzende richterliche Entscheidung forderten aber auch zuließen.¹³

Im Schrifttum werden zumeist sog. primäre und sekundäre Lücken unterschieden. Unter primären Lücken werden solche verstanden, die schon seit der positivrechtlichen Regelung eines Sachgebietes dieser anhaften. Sie können dem Gesetzgeber unbewußt sein, sind von ihm aber auch nicht selten bewußt offengelassen. Sekundäre Lücken sind dagegen solche, die nicht schon von Anfang an vorhanden waren sondern erst später entstanden sind. Als Gründe für die Entstehung solcher sekundärer Gesetzeslücken sind im Schrifttum allgemein anerkannt: Wegfall einer Vorschrift, auf welche in einer anderen verwiesen wurde, Wertungswidersprüche in verschiedenen Teilen der Rechtsordnung und schließlich die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, auf die ein Gesetz angewendet werden soll. Seit langem besteht jedoch Streit, ob auch ein Wandel der Wertungen auf einem Sachgebiet innerhalb der Rechtsgemeinschaft zur Entstehung einer Lücke führen kann, mit anderen Worten: ob die Lückenhaftigkeit einer rechtlichen Regelung nur vom Standpunkt des Rechts selbst aus fest-

bzw. Täterslehre gesehen wird. Beide Autoren, insbesondere aber Gallas, drücken sich vorsichtig darüber aus, woraus diese Leitbilder gewonnen werden sollen: Aus einer teleologischen Gesetzesinterpretation oder den Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft unmittelbar. Letztlich will aber doch wenigstens Gemmingen wohl auf diese allgemeinen Wertvorstellungen zurückgreifen.

Anm. 13: Engisch, Der Begriff der Rechtslücke, Sauerfestschrift S. 84 ff. Ähnlich: Sauer, Juristische Methodenlehre S. 283; Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz S. 157;

Larenz a. a. O. S. 279.

gestellt werden kann oder ob als Maßstab für die Beurteilung auch rechtskritische bzw. rechtspolitische Wertungen in Frage kommen.

Beide Auffassungen werden wohl etwa gleich stark in der Wissenschaft vertreten,¹⁴ Es liegt nun auf der Hand, daß diejenigen, welche die Möglichkeit sekundärer Gesetzeslücken auf Grund Wertungswandels annehmen, den sozialen Wertungen damit auch eine neue Einflußmöglichkeit auf die Rechtsprechung eröffnen. Auf die Argumente, die für und gegen die Annahme solcher sekundärer Lücken auf Grund Wertungswandels vorgebracht werden, kann hier ebenso wenig eingegangen werden wie auf die Erörterungen zum Begriff der Lücke überhaupt. Nur so viel sei gesagt, daß die Gegner dieser Konstruktion den Vorwurf erheben, daß über die Annahme solcher Wertungslücken eine Korrektur des Gesetzes angestrebt und eine Rechtsprechung contra legem ermöglicht werde. Dies aber sei mit dem Grundsatz der Rechssicherheit nicht zu vereinbaren. Allerdings wollen auch manche Anhänger der Lehre von den Wertungslücken eine lückenbildene Kraft des Wertungswandels nur in Grenzen anerkennen: So führt Engisch¹⁵ aus, daß der klar erkennbare Wille des Gesetzgebers oder des Gesetzes eine Schranke für die Annahme solcher Lücken sein müsse.

Die Bedeutung der sozialen Wertungen für die Lückenausfüllung schließlich, sei es der primären, sei es der sekundären Lücken, ist seit langer Zeit erkannt und bedarf nur einer kurzen Erwähnung.¹⁶

Anm. 14: Für die Annahme sekundärer Gesetzeslücken auf Grund Wertungswandels sind etwa: Sauer a. a. O (Er spricht von "Kulturlücken"), Engisch, a. a. O; Beling a. a. O S. 12 f; Binder, System der Rechtsphilosophie, S. 386; .

Dagegen Bierling, Juristische Prinzipienlehre IV S. 383; Larenz, a. a. O S. 283. Weitere Literaturhinweise bei Engisch a. a. O S. 92 Anmerkung 21 und 26 insbesondere.

Anm. 15: Engisch, a. a. O S. 138 (Einführung) .

Anm. 16: Beling, a. a. O S. 11 ff

3. Kapitel

Die Methoden zur Erforschung des Standes der sozialen Wertungen

§ 1

Die Praktikabilität all der im vorigen Kapitel skizzierten Vorschläge der Wissenschaft, wie man die sozialen Wertungen bei der Rechtsanwendung nutzbar machen könne, hängt weitgehend davon ab, ob es gelingt, einigermaßen zuverlässige Methoden in ihrer Feststellung zu entwickeln. Die Rechtswissenschaft insbesondere die juristische Methodenlehre hat diesem Problem wenig Aufmerksamkeit geschenkt; selten folgt der Verweisung auf die sozialen Wertungen eine Anleitung, wie der Richter nun zu verfahren habe. Die Andeutung einer Methode ist wohl darin zu sehen, wenn manche auf die Wertung der "führenden Schicht" abstellen.¹⁾ Es liegt darin wohl eine gewisse Resignation vor der Aufgabe, die Wertung der großen Masse der Rechtsgenossen zu ergründen, die ohne Stimme ist, deren Wertung aus vielen einzelnen Indizien oft mühsam erschlossen werden muß. Diesen Schwierigkeiten hofft man zu entgehen, wenn man allein die Wertung einer "führenden Schicht" für erheblich erklärt, da hier die Zahl der unmittelbaren Selbstaussagen über einen Gegenstand verhältnismäßig hoch sein wird. Gegen dieses Verfahren bestehen jedoch erhebliche Bedenken:

Sie stützen sich einmal auf das Verfassungsrecht, insofern nämlich, als ein solches Verfahren den Artikeln 3 und 20 GG widersprechen dürfte. Ebenso wie der Gleichheitsgrundsatz und das demokratische Prinzip jedem den gleichen

Anmerkung 1: Siehe oben Kapitel 1 Anm. 4; Engisch, Einführung Seite 124, Riezler, a. a. O. S. 160 f. (für das Rechtsgefühl); "Läßt sich eine einheitliche Mentalität eines ganzen Volkes, ein gleichgerichtetes Denken, Wollen und Fühlen in Bezug auf die Gestaltung seines Rechts überhaupt feststellen? Sobald es sich um einen größeren staatlichen Verband handelt, steht die Erforschung des Rechtsgefühls den Schwierigkeiten gegenüber, denen der Versuch der Ergründung jeder massenpsychologischen Erscheinung begegnet. Man wird nicht außer acht lassen dürfen, daß die Gründe, aus denen eine Volksüberzeugung entsteht ... auch in äußeren Umständen wurzeln, wie geschichtlichen Ereignissen, sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen, ja auch der Propaganda ... Zu erkennen ist der Volksgelbst, soweit er wirklich zur Rechtsbildung führt, nur aus den autoritativen Äußerungen derer, die bei der Rechtssetzung zufolge ihrer Machtbefugnisse das Volk repräsentieren. Ob das ganze Volk wirklich der gleichen Überzeugung ist, ist solange nicht entscheidend, als die Volksüberzeugung nicht zu einer Änderung der staatsrechtlichen Machtfaktoren geführt hat." (Riezler bezieht sich dann noch auf Beling a. a. O. und dessen Äußerung, das Recht wurzele in den Wertungen der tonangebenden Schicht.)

Einfluß auf die Setzung formellen Rechtes einräumen, muß diese Garantie auch hier Geltung behalten, wo es um die Anreicherung formellen Rechtes mit Inhalten, um die Auslegung der normativen Tatbestandsmerkmale und um die Lückenergänzung geht.

Das zweite Bedenken ergibt sich daraus, daß kein innerer Grund dafür besteht, der Wertung der führenden Schicht allein Erheblichkeit zuzuerkennen. Die strafrechtlichen Wertungen setzen im allgemeinen besondere Bildung nicht voraus. Auch der einfache Mann ist zu ihrer Vornahme befähigt. Im einzelnen läßt sich auch nur sehr schwer sagen, wer nun zur "führenden Schicht" gehört. Im Zeitalter vielfältigster Bildungsmöglichkeiten wird man hierunter jedenfalls keineswegs nur den akademischen Stand verstehen dürfen.

Man wird es also wohl ablehnen müssen, sich bei der Erforschung des Standes sozialer Wertungen lediglich auf die "führende Schicht" zu beschränken.

Es geht auch nicht an, wie offenbar Maunz-Dürig² meint, den Schwierigkeiten der Feststellung dadurch aus dem Wege zu gehen, daß man nur auf die Teilwertung etwa eines Landesteiles abhebt (etwa für die Frage, ob der Beischlaf unter Verlobten Unzucht ist oder nicht). Ein solches Verfahren würde die Rechtseinheit zerstören.

Die Frage nach den Methoden zur Feststellung der sozialen Wertungen ist also im Schrifttum nur selten aufgeworfen und nicht eigentlich befriedigend beantwortet worden. Für die Zurückhaltung weniger Autoren war wohl die unrichtige Meinung entscheidend, wenn es darauf ankomme, werde sich eine überwiegende soziale Wertung ohne weiteres, häufig schon auf Grund der Lebenserfahrung, feststellen lassen. Daß in zahllosen wissenschaftlichen Monographien die Frage nach den sozialen Wertungen aufgeworfen worden ist, stellt keine rechte Abhilfe dieses Mangels dar.

§ 2

Verschiedene Methoden:

I. Wer die sozialen Wertungen über einen Gegenstand in den Griff bekommen will, wird zunächst die Erfahrung des täglichen Lebens zu Rate ziehen und zwar seine eigene Lebenserfahrung ebenso wie die sachkundiger Dritter, etwa eines erfahrenen Arztes, Kaufmannes usw. Es gibt Gebiete, auf denen dieses Verfahren verhältnismäßig weit führt und Zweifel am Stande der Wertungen und dem Überwiegen der einen oder anderen Wertung kaum auftreten können. Die Methode wird aber unzureichend in den vielen Fällen, in denen sich eine Übung des täglichen Lebens nicht herausbilden konnte bzw. die Wertung der Rechtsge-

Anm. 2: Komm. z. GG Art. 2 Abs. I/III A. 16

meinschaft an Einheitlichkeit verloren hat. Hier müsse noch andere Methoden, sei es allein, sei es ergänzend zur Anwendung gebracht werden.

II. An erster Stelle zu nennen ist hier diejenige Methode, die als die direkte bezeichnet sein soll. Ihr Inhalt besteht im Sammeln der verschiedenen Stimmen, in denen soziale Wertungen ihren Ausdruck finden, in der Registrierung der verschiedenen Selbstaussagen: Hierher gehören insbesondere die Stimmen aus dem Bereiche der Wissenschaft, Stimmen aus Presse, Film und Funk, aus dem kirchlichen und politischen Bereich. Auch Meinungsumfragen finden im Rahmen dieser Methode Berücksichtigung.

Es liegt in der Natur der Sache, daß mit der direkten Methode nur die Wertung eines kleinen Teils der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft erfaßt werden kann. Das Mittel der Meinungsumfrage vermag hieran kaum etwas zu ändern, da auch der Meinungsforscher sich nur an einen begrenzten Personenkreis wenden kann.³ Die Hauptbedeutung der direkten Methode ist daher darin zu sehen, daß

- a) mit ihrer Hilfe die verschiedenen Wertungsinhalte und ihre Begründung ermittelt werden können und
- b) ihre richtige und erschöpfende Durchführung erst die Voraussetzungen für eine sinnvolle Anwendung der sogleich zu besprechenden indirekten Methode darstellt.

III. Die indirekte Methode ist die notwendige Ergänzung der direkten. Sie besteht darin, aus bestimmten Indiztatsachen auf die sozialen Wertungen zu schließen, und ist die eigentliche Methode zur Feststellung der Wertungen bei den breiten Massen. Die Indiztatsachen sind vielfältig:

1. An erster Stelle zu nennen sind Beratungs- und Abstimmungsergebnisse der Volksvertretungen und deren Ausschüssen. Sie sind auch dann indizierend für die sozialen Wertungen, wenn es nicht zum Erlaß eines Gesetzes gekommen ist, etwa ein dahingehender Gesetzesantrag abgelehnt wurde.
2. Große indizierende Bedeutung kommt ferner den Bemühungen um eine Reform des Strafrechts zu, wie sie im Laufe der vergangenen fünf Jahrzehnte immer wieder unternommen wurden. Wenn Gruhle⁴ betont, ein Strafgesetzesentwurf sei nicht Ausdruck des allgemeinen Rechtsbewußtseins eines Volkes, er sei vielmehr die Arbeit einzelner, so ist dies in dieser Form unrichtig. Gruhle selbst korrigiert sich überdies sofort dahin, daß aber diese Einzelnen bestrebt seien, Anschauungen Form zu geben, die nicht ihrer individuellen Sphäre sondern ihrem Lebenskreis, ihrer Gemeinschaft entstammten.
3. Beschlüsse, Resolutionen, Bekanntmachungen von Repräsentativ- und Vertretungsorganen aller Art ermöglichen den Rückschluß insbesondere auf bestimmte Gruppen und Standeswertungen. So sind beispielsweise für die juristi-

Anm. 3: Siehe III Ziff. 5

Anm. 4: Monsch-Krim 1927 / XVIII/ S. 465

schen und ärztlichen Standeswertungen Beschlüsse und Resolutionen juristischer und medizinischer Standesvertretungen indizierend, etwa Beschlüsse des Hartmannbundes, des Richterbundes usw. Repräsentativ für die Standeswertungen sind aber auch die Ergebnisse des deutschen Juristentages, Ärztetages usw. Zu dieser Gruppe von Indiztatsachen gehören schließlich auch programmatische Äußerungen, aus dem Bereich der Gewerkschaften, der politischen Parteien, der Frauenverbände usw. Gerade für das hier abgehandelte Thema wichtig ist auch die indizierende Bedeutung kirchlicher = kirchenamtlicher Äußerungen: Von Bischofskonferenzen, Synoden, Kirchentagungen der evangelischen Kirche; von päpstlichen Lehrentscheidungen, Enzykliken, Stellungnahmen der kirchlichen Obergerichte wie das Hl. Officium, Erklärungen der deutschen Bischöfe auf katholischer Seite.

4. Mit den unter der voranstehenden Ziffer erwähnten Indiztatsachen in engem Zusammenhang steht eine weitere: Die Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe, die durch eine feste Gruppenwertung gekennzeichnet ist. Gemeint ist hier etwa die Zugehörigkeit zu einer der Kirchen, einem weltanschaulich geprägten Verein, in manchen Fragen auch die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei, wobei der Umstand eine Rolle spielt, daß die deutschen Parteien bis heute auch Weltanschauungsparteien geblieben sind. Die Mitgliedschaft ist aber nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Indiz für die Wertung des Mitgliedes:

- a. Die Gruppenwertung muß klar und eindeutig sein;
- b. Die Gruppe muß dem einzelnen Mitglied die Gruppenwertung zur Kenntnis bringen, und zwar dergestalt, daß die Übernahme der Gruppenwertung dem Mitglied als wesentlich und unabdingbar erscheint;
- c. Der einzelne Angehörige der Gruppe muß sich als deren lebendiges Glied fühlen und ihre Wertungen und Ziele billigen. Beispielsweise kann die Zugehörigkeit zu einer der Kirchen nur dann als Indiz für eine bestimmte sachliche Wertung gelten, wenn die einzelne sittliche Frage in der Verkündigung der Kirche aufgegriffen und zu ihr vom Träger kirchlichen Lehramts Stellung genommen wurde. Ferner muß der Einzelne als aktives und praktizierendes Mitglied seiner Kirche angesehen werden können (dieses letztere Merkmal ist freilich auch in sich wieder zweifelhaft). Daß dies bei einem beträchtlichen Teil der Mitglieder der christlichen Kirchen nicht der Fall ist, ist allgemein bekannt.

5. Wichtige Indiztatsachen sind die Ergebnisse von Meinungsumfragen, ja in ihrer indizierende Wirkung liegt ihre Hauptbedeutung. Die Ergebnisse sind mit aller Vorsicht verallgemeinerungsfähig, da die Auswahl der Befragten meist repräsentativ für die Gliederung der Gesellschaft ist. Indessen wird man die großen Fehlerquellen, die gerade hier sich öffnen mögen, nicht übersehen: Hier sollen nur einige wenige genannt werden: Die oft geringe Zahl der Befragten, die Zufälligkeit von Zeit und Ort kann den Repräsentativcharakter der Umfrage beeinträchtigen. Die Plötzlichkeit der Frage kann verwirren und den Befragten

zu einer Stellungnahme veranlassen, die er bei ruhigem Nachdenken nicht abgegeben hätte. Die Meinungsumfragen gehen oft unzulässig von der Fiktion des Vorhandenseins fertiger Urteile aus.

6. Als ein, wenn auch nur mit größter Vorsicht zu handhabendes Indiz ist manchmal auch die Verbrechensstatistik anzusehen. Nun besteht freilich keine Wahrscheinlichkeit dafür, daß das äußere Verhalten eines Menschen tatsächlich seiner inneren Überzeugung entspricht - andernfalls müßte man jeden Verbrecher bis zum Beweise des Gegenteils als Überzeugungsverbrecher ansehen und entsprechend behandeln. Aus der großen Zahl der Diebstähle wird man nicht schließen können, daß ein großer Teil des Volkes Diebstahl nicht für rechtswidrig und sittenwidrig hält. Immerhin gibt es aber auch Fälle, wo die Häufigkeit einer Straftat Schlüsse auf ihre Bewertung zuläßt. Dies zeigt etwa das Beispiel der Abtreibung. Aus der großen Zahl der Abtreibungen läßt sich zwar ebensowenig wie beim Diebstahl der Schluß ziehen, daß die Handlung weithin überhaupt nicht als Unrecht angesehen werde, wohl aber ergibt sich daraus die weite Verbreitung einer Wertung, welche die Abtreibung nicht auf eine Stufe mit der Tötung eines geborenen Menschen stellt. Andernfalls wäre es schwer erklärlich, daß die Verbrechensziffer hier einige tausendmal so hoch liegt wie dort. Freilich wird man immer noch zu berücksichtigen haben, daß eine Versuchung zur Abtreibung in weit höherem Maße besteht als eine Versuchung zum Mord und daß die Hoffnung, unentdeckt zu bleiben hier beträchtlich mehr Grund hat.

7. Ein Anzeichen für den Stand der Wertungen ist auch die öffentliche Meinung. Man wird nur entsprechend dem im ersten Kapitel Ausgeführten im Auge behalten müssen, daß die öffentliche Meinung für sich allein kein zuverlässiger Spiegel der sozialen Wertungen ist.

8. Als ein wesentliches Indiz müssen ferner die allgemeinen Ideen und Strömungen der Zeit angesehen werden. Jedoch führt gerade dies die Auslegung in unauslotbare Tiefen: Wenn man annimmt, daß die sozialen Wertungen ihren letzten Grund im Bilde des Menschen haben, wie es im Bewußtsein des Einzelnen lebt, so muß man sich auch darüber klar sein, daß der Versuch einer so weit reichenden Darstellung dem Unternehmen gleichkäme, eine allgemeine Ideengeschichte der Zeit zu verfassen. Vor einer solchen Aufgabe muß aber eine Arbeit von der Art der vorliegenden kapitulieren.

I. Abschnitt

DIE TÖTUNGSDELIKTE IM ENGEREN SINNE

1. Kapitel

Der Regelfall der vorsätzliche Tötung - die Bedeutung der sozialen Wertungen für die Abgrenzung von Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung.

§ 1

Von welchem Standpunkt und Wertsystem auch immer erscheint die vorsätzliche Tötung eines Menschen regelmäßig verwerflich und auch strafwürdig. Zweifel an der Verwerflichkeit und Strafwürdigkeit pflegen wie bei den meisten anderen Delikten nur dort aufzutauchen, wo eine Tötung vom üblichen Erscheinungsbild sei es durch die Umstände, sei es durch die Motive des Täters abweicht. Aber auch dort, wo kein Zweifel an der grundsätzlichen Verwerflichkeit bestehen kann, hat das Rechtsbewußtsein des Volkes stets Taten mit größerem und geringerem Unrechtsgehalt unterschieden. Die deutsche Strafgesetzgebung trug diesem Umstand seit eh und je durch eine Abstufung der Strafdrohungen und einen Pluralismus der Straftatbestände für Tötung Rechnung.¹ Traditionell geworden ist besonders die Unterscheidung von Mord und Totschlag. Das Strafgesetzbuch von 1871 kennzeichnete Mord als die mit Überlegung ausgeführte Tötung, Totschlag als die ohne solche begangene.² Das Merkmal der Überlegung schien dem Gesetzgeber die besonders verwerflichen Tötungen hinreichend zu umschreiben. Allmählich wuchsen aber die Bedenken, ob die Fassung des Gesetzes den herrschenden sozialen Wertungen wirklich entspreche: Man wies darauf hin, daß keinesfalls alle besonders verwerflichen Tötungen mit Überlegungen begangen wurden und nannte als Beispiel insbesondere verschiedene Fälle des Lustmordes. Andererseits dienten Fälle der Euthanasie als Beispiel dafür, daß Überlegung eine Tat nicht immer als besonders verwerflich erscheinen lassen müsse.³

Unter dem Einfluß dieser Kritik gewann der Gedanke einer völlig neuen Formulierung der Tötungstatbestände immer mehr an Boden.⁴ Den entscheidenden Schritt hierzu brachte der Entwurf Gürtner aus dem Jahre 1936: Die For-

Anm. 1: Etwa CCC Art. 137; Preuß ALR 1794 (Totschlag II 20 % 806 Mord § 826)

Anm. 2: §§ 211/12 StGB

Anm. 3: Kritik am Merkmal der "Überlegung" etwa bei Liszt, Lehrbuch 22. Aufl. 1919, S. 291; auch LK 4. Aufl. 1929 S. 672

Anm. 4: Die Entwürfe von 1919 und 1925 (§§ 282/83 bzw. 221) verwenden das Merkmal der Überlegung bereits nicht mehr zur Abgrenzung, anders wieder der Entwurf 1927. Auch die absolute Strafdrohung für Mord wurde in diesen Entwürfen gestrichen.

mulierung, die der Mordtatbestand in § 414 dieses Entwurfs erhielt, wurde durch die Strafgesetznovelle vom 4. 9. 1941 geltendes Recht, § 211 StGB geht in seiner heutigen Fassung inhaltlich auf den Entwurf Gürtners zurück. Das wesentlich Neue des Entwurfs Gürtner gegenüber dem früheren Rechtszustand bestand darin, daß das bislang einzige mordqualifizierende Merkmal der Überlegung nun durch eine Vielzahl einzelner, teils normativer ("grausam", "heimtückisch", aus "niedrigen Beweggründen"-töten) Merkmale gesetzt wurde. Das Ziel bestand für die maßgeblichen Redaktoren der Neufassung vor allem darin, mit der Abgrenzung von Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung möglichst engen Anschluß an die sozialen Wertvorstellungen zu gewinnen. Dabei ist bekannt, daß in der Strafrechtskommission teilweise die Lehre vom normativen Tätertyp gebilligt wurde und die Fassung, die der Mordtatbestand im Entwurf erhielt, wohl auch als Versuchsballon dafür anzusehen ist, ob die Praxis bereit sein werde, Bestrebungen dieser Art zu unterstützen. Daß dem so war zeigen u. a. die Ausführungen von Gleispach in Gürtner-Freisler, Das kommende deutsche Strafrecht.⁵ Am Widerspruch eines Teils der Mitglieder der Kommission und eines Großteils der juristischen Wissenschaft scheiterten allerdings Bestrebungen, diese Vorstellungen dadurch im Tatbestand noch deutlicher zum Ausdruck zu bringen, daß die einzelnen mordqualifizierenden Merkmale ausdrücklich nur als Beispielfälle bezeichnet worden wären. Dasselbe gilt auch für die Novelle des Jahre 1941.

Ein Teil der Wissenschaft hat im übrigen gleichwohl § 211 im Sinne der Tätertypenlehre interpretiert, die Aufzählung der Merkmale in § 211 nur als beispielhaft betrachtet und letztlich auf die sozialetische Bewertung innerhalb der Rechtsgemeinschaft abgestellt.^{5a} Die herrschende Lehre betrachtet allerdings heute die Aufzählung der Merkmale in § 211 als abschließend und zugleich zwingend.

Der neueste Entwurf zur Strafrechtsreform aus dem Jahre 1960 ändert wiederum den Tatbestand des Mordes. Mit der heutigen Fassung des § 211 hat der Entwurf gemeinsam, daß er den differenzierten Wertungen in der Rechtsgemeinschaft durch eine Vielzahl mordqualifizierender Merkmale Rechnung zu tragen sucht. Die Merkmale der Heimtücke, der Grausamkeit und der niedrigen Beweggründe, die der Rechtsprechung die meisten Schwierigkeiten bereitet haben, sind aufs Neue durch das Merkmal der Überlegung ersetzt. Vom Tatbestand des Mordes werden dann jedoch die Tötungsfälle ausgenommen, in de-

Anm. 5; S. 256

Anm. 5a: So vor allem die "amtliche Begründung" durch Freisler, in DJ 1941/929 ff.; auch Dahm, DR 1942/406; Grau-Krug-Rietsch, Deutsches Strafrecht, S. 291 ff. - In etwas abgeschwächter Form findet sich die Tätertypenlehre heute etwa bei Schaefer, LK 1958 § 211 II 3c, der trotz Vorliegen der Merkmale des § 211 keinen Mord annehmen will, wenn die konkrete Tötung in ihrem sozialetischen Unwertgehalt das normale Maß nicht überschreitet. Ähnl. Schönke-Schröder 1961 § 211 V.

nen der Täter zur Tat durch Mitleid, Verzweiflung oder andere Beweggründe bestimmt wird, die seine Schuld wesentlich mildern.⁶ Die Neufassung des Mordparagraphen wurde vorgeschlagen, weil vielen Mitgliedern der Strafrechtskommission sowie dem Bundesjustizministerium die Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale in § 211, insbesondere des Merkmals der niedrigen Beweggründe, aber auch der Begriffe heimtückisch und grausam, unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich erschien. In den Sitzungen der Großen Strafrechtskommission wurden Zweifel laut, ob sich allgemein sagen lasse, daß ein Motiv "niedrig" im Sinne des Gesetzes sei. Auch wurde vorgebracht, ein solches Merkmal veranlasse den Richter unnötigerweise zu moralisieren.⁷ Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der Mordtatbestand in der nunmehr vorgeschlagenen Fassung wirklich praktikabler ist als bisher. Jedenfalls enthält er ebenso wie § 211 ein normatives Merkmal und zwar insoweit, als er auf "andere Beweggründe" verweist, "die die Schuld wesentlich mildern." Damit dürfte den sozialen Wertungen jedenfalls kein geringerer Einfluß auf die Rechtsprechung offenstehen als bisher.

Zusammenfassend wird man feststellen können, daß die Differenziertheit der sozialen Wertungen ihrer Niederschlag in dem stets wachsenden Bestreben der Gesetzgebung gefunden hat, sich ihr dadurch anzupassen, daß der Tatbestand des Mordes durch eine Vielzahl von Merkmalen teils normativer Art gekennzeichnet wurde. Nach den Ausführungen zum Entwurf 1960 dürfte sich hieran auch in Zukunft wenig ändern. Durch die Verwendung normativer Merkmale zur Abgrenzung von Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung wurde es der Rechtsprechung möglich, sich jedenfalls innerhalb bestimmter Grenzen unmittelbar an den sozialen Wertungen auszurichten. Ob die derzeitige gesetzliche Regelung darüber hinaus eine Würdigung der sozialen Wertungen im Sinne der Tätertypenlehre gestattet, war in der Rechtswissenschaft vor allem unmittelbar nach Erlaß der Novelle aus dem Jahre 1941 problematisch.

§ 2

Die sozialen Wertungen als Maßstab für die Abgrenzung von Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung nach der Rechtsprechung des RG, des OGH und des BGH.

Anm. 6: § 135 E 1960 lautet: Abs. 1: Mit lebenslangen Zuchthaus wird bestraft, wer aus Mordlust, zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen einen anderen tötet. Abs. 2: Ebenso wird bestraft, wer einen anderen mit Überlegung tötet. Die Tat ist jedoch als Totschlag nach § 134/3 strafbar, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind. (Abs. 3 des § 134 lautet: Wenn Mitleid, Verzweiflung oder andere Beweggründe, die den Täter zur Tat bestimmen, seine Schuld wesentlich mildern, so ist die Strafe Gefängnis nicht unter einem Jahr)

Anm. 7: Protokolle Band 7 S. 33

Für die Rechtsprechung bis zum Jahre 1941 verbot sich eine offene Verwendung sozialer Wertungen als Auslegungsbehelf wegen der damaligen Fassung der Tötungstatbestände, wonach Mord und Totschlag allein durch das deskriptive Merkmal der Überlegung voneinander abgegrenzt wurden. Damit soll nun freilich nicht behauptet werden, daß die sozialen Wertungen ohne jeden Einfluß auf die Rechtsprechung geblieben wären. Einige Schriftsteller⁸ berichten, es habe eine ständige Tendenz bestanden, das Gesetz in Richtung auf die sozialen Wertungen hin zu korrigieren. Dies alles konnte aber niemals offen geschehen, sondern nur, dem Richter bewußt oder unbewußt, auf dem Umweg über die Beweiswürdigung, so daß sich bei der einzelnen Entscheidung der Einfluß sozialer Wertungen heute kaum mehr nachweisen läßt.⁹

Dieser Zustand änderte sich naturgemäß mit der Novelle des Jahres 1941.

1. Haltung der Rechtsprechung zur Tätertypenlehre:

Die Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten hat es ganz überwiegend abgelehnt, § 211 StGB im Sinne der Lehre vom normativen Tätertyp zu interpretieren und die dort aufgezählten Merkmale nur als Beispielfälle anzusehen.

Bereits am 21. 11. 1942 bekannte sich das Reichsgericht in RG 76/297 ff zu der Auffassung, daß die Merkmale des § 211 Abs. 2 eine Tat allein als Mord kennzeichneten. Nur zwei Entscheidungen des Reichsgerichts, RG 77/41 und RG HRR 42/608 nähern sich der Lehre vom normativen Tätertyp jedenfalls in der Formulierung. Das Reichsgericht führt darin aus, Mord sei die besonders verwerfliche Tötung. Entscheidend sei, wie das gesunde Volksempfinden Tat und Täter sittlich bewerte.

In der Zeit nach diesem Kriege sind die Gerichte ebenfalls deutlich von der Lehre vom normativen Tätertyp abgerückt. Dies fiel um so leichter als nunmehr eine derartige Auslegung von offizieller Seite nicht mehr empfohlen war. Auch hatte die Zeit des Dritten Reiches den Sinn für rechtsstaatliche Bedenken ganz allgemein geschärft.

Die OGH Br rückt in den Entscheidungen Bd. 1/74 und 1/81 von der Tätertypenlehre ab und spricht aus, daß es den allgemeinen Tätertyp eines Mörders nicht gebe. Der Tatbestand des Mordes wurde durch § 211 n. F., bzw. die einzelnen Merkmale in § 211 Abs. 2 abschließend umschrieben.

Der Bundesgerichtshof hat ebenfalls die Lehre vom normativen Tätertyp nicht nur nie vertreten sondern in mehreren Entscheidungen auch ausdrücklich zurückgewiesen: So in NJW 1951/204; Bd. 3/183; 9/385; 11/139.

2. Die sozialen Wertungen in der Rechtsprechung zu den sogenannten objektiven Mordmerkmalen:

Anm. 8: Vgl. etwa Maurach BT S. 20 § 2 I A 4

Anm. 9: Siehe oben Seite 8

Keine Frage der Tötungsdelikte hat die Rechtsprechung so stark beschäftigt, wie die Auslegung der Merkmale heimtückisch und grausam - töten in § 211 StGB.

A. Wer nach dem Einfluß sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung fragt, muß zunächst untersuchen, inwieweit die Entscheidungen für die Ermittlung des Begriffsinhaltes dieser Merkmale auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens abgestellt haben und ob die Auslegung, die dem Begriff durch die Rechtsprechung gegeben wird, dem Sprachgebrauch tatsächlich entspricht.

Man wird sagen können, daß in fast allen Entscheidungen ausdrücklich oder stillschweigend der Versuch unternommen wird, den Begriffsinhalt der Umgangssprache aufzusuchen. So bezieht sich etwa BGH 3/180 auf Wortsinn, Sprachgebrauch und Verwendungszweck des Begriffs "grausam" und glaubt BGH 9/385 ff dem Sprachgebrauch entnehmen zu können, daß das Merkmal heimtückisch töten eine feindselige Gesinnung des Täters gegenüber dem Opfer voraussetze.

a. Die Rechtsprechung zu den Merkmal "grausam - töten".

aa: Die Rechtsprechung zum Merkmal "grausam töten" hat durchgehend eine Begriffsbestimmung gewählt, die den Inhalt nicht rein objektiv als Beschreibung des äußeren Tatherganges auffaßt. Sie hält es nicht für allein erheblich, ob dem Opfer übermäßige Qualen oder Schmerzen zugefügt werden,^{10a} sondern verlangt, daß der Täter jedenfalls zur Zeit der Tat von einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung beherrscht sein müsse. Grausames Handeln wird damit von der subjektiven Einstellung des Täters zur Tat wesentlich abhängig gemacht.¹¹ Zu nennen sind etwa die Entscheidungen RG 76/297; 77/41; OGH 2/173; BGH 3/180; 3/264.

bb. Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens dürfte dieser Auslegung des Merkmals grausam im wesentlichen entsprechen. Dies wird deutlich, wenn man sich an verschiedenen Beispielen darüber klar zu werden sucht, ob die Verwendung des Wortes grausam dem Sprachgefühl entspricht. So ist es nicht denkbar, ein langes und qualvolles Sterben als grausam zu bezeichnen und zwar ebensowenig wie man etwa den Tod eines Menschen, der vom Zug überfahren wird, grausam nennen kann. Im letzten Fall wird man allenfalls Adjektive wie schreckerregend, gräßlich oder Ähnliches angemessen finden. Eine Maschine kann nicht grausam handeln wie auch nicht eine Krankheit oder eine

Anm. 10a: Der OGH BrZ glaubt in der Entscheidung 1/98 auch das Wüten gegen den Körper eines Bewußtlosen als grausam ansehen zu können, sofern nur darin eine grausame Gesinnung zum Ausdruck komme. Die Entscheidung steht insoweit allein.

Anm. 11: Ähnlich die etwas ältere Rechtsprechung zum Merkmal "roh mißhandeln" in § 223 b, etwa RG DR 44/725; RG JW 38/1879

andere objektive Macht. Nur zur Bezeichnung einer menschlichen Eigenschaft oder eines menschlichen Verhaltens wird der Begriff grausam gebraucht, auch hier aber nur, um eine bestimmte Einstellung des Handelnden zum Ausdruck zu bringen, also ein Gesinnungsmoment. Dort, wo der Täter eine solche Gesinnung nicht entwickeln kann, wie etwa bei der Fahrlässigkeitstat, widerstrebt es dem Sprachgefühl, sein Tun als grausam zu kennzeichnen.

b. Die Rechtsprechung zum Merkmal "heimtückisch töten".

aa. Die Rechtsprechung hat früh herausgearbeitet, daß zu heimtückischem Handeln ein Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers gehöre. So OGH 1/82; 90; 145; 166; 327; 2/391; BGH 2/60; 3/185; 3301 6/120; 6/329; 7/218; 9/385; 11/139. Dabei ist immer wieder angenommen worden, daß bei Handeln in heftiger Gemütsbewegung von einem "Ausnutzen" der Arg- oder Wehrlosigkeit nicht gesprochen werden könne. So etwa OGH 1/166; 2/113; BGH 6/329, a.A. BGH 11/139 (wo allerdings wiederum Bewußtsein des Ausnutzens der Arg- und Wehrlosigkeit gefordert wird).

Zu keiner Einheitlichkeit fand die Rechtsprechung bei der Frage, ob dem Merkmal "heimtückisch" über das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit hinaus ein weiteres subjektives Element innewohne, ob insbesondere beim Handelnden niedrige Motive vorhanden sein mußten. Die Mehrzahl der Entscheidungen lehnt ein solches zusätzliches subjektives Element im Grundsatz ab, wobei freilich dieser Grundsatz nicht überall mit gleicher Folgerichtigkeit durchgeführt ist. Am entschiedensten in der Ablehnung eines solchen weiteren Merkmals sind die Entscheidungen BGH NJW 1951/204, 3/185 und, mit der oben bereits erwähnten Einschränkung, auf die an späterer Stelle noch näher eingegangen wird, BGH 11/139 (Gr. Senat). Nach diesen Entscheidungen genügt Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit. Die durch ein solches Handeln begründete besondere Gefährdung des Opfers rechtfertigt die Qualifizierung der Tat als Mord. Die Einführung eines zusätzlichen subjektiven Erfordernisses werde weder vom Sprachgebrauch gefordert noch sei sie sonst zu rechtfertigen, da man sonst Gefahr laufe, auf einem Umweg zu der überwundenen Lehre zurückzukehren, die Merkmale des § 211 seien keine abschließende Bestimmung des Mordtatbestandes. In der Linie der genannten Entscheidungen gehört auch noch die Entscheidung BGH 7/218, die es für unerheblich erklärt, ob ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden hat oder ein Streit vorangegangen ist. Demgegenüber formuliert beispielsweise OGH 1/66 recht vorsichtig, der Begriff der Heimtücke erfordere Falschheit und Verschlagenheit und diese könne ergeben sein, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tat ausnutze. Offenbar wollte sich der OGH damit den Weg offenhalten, heimtückisches Verhalten jedenfalls bei achtenswerten Beweggründen verneinen zu können.

In der Entscheidung des Großen Senats, BGH 9/385,¹² ist ausgesprochen, daß eine besondere Verwerflichkeit des Motivs nicht zu fordern sei. Immerhin wird dann angeführt, daß der Begriff der Heimtücke nach allgemeinem Sprachgebrauch eine feindselige Willensrichtung des Täters zum Ausdruck bringe. Diese zeige sich regelmäßig darin, daß der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tat ausnütze, könne aber dann fehlen, wenn der Täter, zum Besten des Opfers zu handeln glaube.

Die Entscheidungen OGH 2/391 und BGH 3/330 stehen auf dem Standpunkt, daß jedenfalls achtenswerte Beweggründe Heimtücke ausschließen.

Am entscheidensten betont die Entscheidung OGH 1/327 das Erfordernis eines zusätzlichen subjektiven Elements: Sie spricht aus, daß der Täter nicht nur die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnützen sondern auch aus verwerflichen Beweggründen handeln müsse.

bb. Der Inhalt des Begriffs heimtückisch, der diesem nach dem Sprachgebrauch zukommt, ist wesentlich schwerer feststellbar als der des Begriffs grausam und zwar schon deshalb, weil sich die Umgangssprache seiner wesentlich seltener bedient. Man wird sagen können, daß der Begriff Tücke oder Heimtücke ursprünglich ein menschliches Verhalten bezeichnet, das dem Verdikt besonderer Ehrlosigkeit deshalb verfällt, weil der Täter den offenen Kampf scheut und das Opfer dadurch seiner Chancen zu berauben sucht.¹³ Ein solches Verhalten kennzeichnete im germanischen Recht die Meintat als die unehrliche Form der vorsätzlichen Tötung.¹⁴ Auch im heutigen Denken ist dieser Sinngehalt großen Teils noch lebendig, gilt die offene Auseinandersetzung als weniger ehrlos und verwerflich. Dies führt dazu, daß die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers jedenfalls unerläßlicher Bestandteil heimtückischen Verhaltens ist.

Uns Heutigen, die wir uns an subtilere Unterscheidungen in der Beurteilung sittlichen Verhaltens gewöhnt haben, scheint mit dem Begriff heimtückisch aber doch keine passende Kennzeichnung mancher Fälle gegeben zu sein, obzwar in ihnen ein Arg- oder Wehrloser getötet wird. Der Verfasser hat in seinem Bekanntenkreis eine Umfrage darüber veranstaltet, ob die Tötung eines Menschen in folgenden Fällen als heimtückisch angesehen werde.¹⁵

Anm. 12: Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem ein Vater, dem eine Bestrafung wegen Unterschlagung drohte, sein Kind deshalb tötete, um ihm die Schande und gesellschaftliche Ächtung der Familie zu ersparen.

Anm. 13: Das Deutsche Wörterbuch von Jakob und Wilhelm Grimm, 4. Bd. 2. Abt. Leipzig 1868 umschreibt die Heimtücke als böseartige, heimliche Hinterlist und interpretiert das Wort somit nicht rein objektiv.

Anm. 14: Herderlexikon, Stichwort Meiftat

Anm. 15: Während in den Fällen 11 und 12 sich die meisten ohne weiteres ge-

Fall 1: Ein Arzt tötet einen Schwerkranken aus Mitleid, jedoch unter bewußter Ausnutzung des Vertrauens, das ihm vom Kranken entgegengebracht wurde.

Fall 2: Im Fall aus BGH 9/385 (vgl. Anm. 12)

Fall 3: Im Fall aus BGH 3/183 (der Stiefsohn hatte seinen Stiefvater, der seine Mutter schwer mißhandelt und mit dem er längere Zeit in Unfrieden lebte zu einem Zeitpunkt erschlagen, in dem sich der Stiefvater eines Angriffs nicht versah).

Fall 4: Der Ehemann erschlägt den Geliebten seiner Frau nach längerer Dauer des ehebrecherischen Verhältnisses zu einem Zeitpunkt, in dem das Opfer einen Angriff nicht erwartet bzw. wehrlos ist.

In der Mehrzahl widerstrebte es den Befragten, Fälle dieser Art als heimtückische Tötungen zu bezeichnen. Man wird hieraus mit aller Vorsicht wohl den Schluß ziehen dürfen, daß ein Verhalten dann nicht als heimtückisch gewertet wird, wenn trotz Ausnutzung der Arg- oder Wehrlosigkeit des Opfers entweder

achtenswerte Motive vorlagen (hierunter fällt selbstverständlich auch der Fall BGH 9/385) oder aber aus dem überwiegenden Verschulden des Opfers nicht einmal mehr das allgemeinmenschliche generelle Vertrauensverhältnis vorhanden war.

Es liegt auf der Hand, daß die Rechtsprechung zum Merkmal heimtückisch dem nicht völlig entspricht. Dies gilt nicht nur, soweit eine rein objektive Deutung erfolgt ist, dahingehend, daß bei Ausnutzung der Arg- oder Wehrlosigkeit des Opfers ohne Rücksicht auf Motive oder vorangegangenes Streitverhältnis heimtückisches Handeln gegeben sei. Vielmehr gilt dies auch für diejenigen Entscheidungen, die entweder nur einer starken Gemütsbewegung Rechnung tragen wollen oder, im Gegensatz hierzu, Bruch eines besonderen Vertrauensverhältnisses verlangen.

B. Mit der Erörterung der Frage, inwieweit die Rechtsprechung zu den Merkmalen heimtückisch und grausam dem Sprachgebrauch und der darin zum Ausdruck kommenden Wertung entspreche, ist freilich der Einfluß sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung zu diesen Merkmalen noch nicht erschöpfend dargestellt. Es handelt sich hierbei um zwei in der Rechtsprechung immer wieder auftauchende Konstruktionen, die die Vermutung nahelegen können, daß in ihnen Wertungen der Rechtsgemeinschaft ihren Niederschlag gefunden haben.

a. Es hat sich eine nahezu ständige Rechtsprechung herausgebildet, die eine Erstreckung des Vorsatzes auf das Vorliegen der Merkmale des § 211 Abs. 2

gegen die Annahme von Mord entschieden, was dies in den Fällen 3 und 4 nicht mehr der Fall. Immerhin überwogen auch hier die Stimmen, die eine solche Tat nicht als heimtückisch bezeichneten.

verlangt. Der Täter muß danach billigen oder billigend in Kauf nehmen, daß er heimtückisch, grausam usw. handelt. So OGH 1/165; BGH 2/60; 3/330; 6/120; 6/329; 11/139. Der Sache nach wird damit eine bestimmte Einstellung des Täters zu seiner Tat verlangt und eine Anforderung aufgestellt, die die Möglichkeiten einer Bestrafung wegen Mordes einschränkt. Man kann nun freilich den Grund dieser Rechtsprechung allein in rechtssystematischen Überlegungen sehen: Nämlich darin, daß die Merkmale des § 211 Abs. 2 echte Tatbestandsmerkmale seien, auf die sich folgerichtig der Vorsatz ebenso beziehen müsse wie auf alle übrigen Tatbestandsmerkmale. Es ist aber nun gerade die Frage, ob hinter dieser Auffassung vom Wesen der Merkmale des § 211 nicht das Bestreben steht, Härten, die sich aus einer Anwendung solcher objektiver Mordmerkmale ergeben könnten, dadurch auszugleichen, daß eine Erstreckung des Vorsatzes auf sie verlangt wird.

Es erscheint nämlich rechtstheoretisch durchaus vertretbar, die Merkmale des § 211 nicht als Tatbestandsmerkmale sondern als Schuldmerkmale, das ist hier benannte Strafschärfungsgründe aufzufassen, auf die sich der Vorsatz dann nicht erstrecken mußte.¹⁶ Es ist hier nicht der Ort, um den Versuch zu unternehmen, die alleinige Richtigkeit der einen oder anderen Auffassung nachzuweisen. Man wird die Frage aber wohl in Zusammenhang mit dem allgemeinen Bestreben sehen müssen, die letzten Reste des Erfolgsstrafrechts zu tilgen. Dieses Bestreben wiederum ist nur als Niederschlag einer ganz überwiegenden sozialen Wertung zu begreifen, welche eine Strafschärfung allein wegen äußerer Umstände nicht für gerechtfertigt hält. Ohne daß sich freilich ein genauer Nachweis liefern ließe, wird man deshalb die Behauptung wagen können, daß auch in diesem Punkte soziale Wertungen ihren Einfluß auf die Rechtsprechung geltend gemacht haben.

b. Eine zweite Konstruktion, die noch deutlicher wie die soeben besprochene den Einfluß sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung zeigt, ist darin zu sehen, daß manche Entscheidungen auf die Gesamtpersönlichkeit des Täters abstellen, um so begründen, daß dieser grausam oder heimtückisch handle. Was hier gemeint ist, geht etwa aus der Entscheidung BGH 3/180 hervor, deren Formulierungen wohl am weitesten gehen: Nachdem ausgeführt worden ist, daß grausames Handeln eine unbarmherzige Gesinnung des Täters voraussetze, spricht das Gericht davon, daß sich diese Gesinnung sowohl aus den Tatumständen wie auch aus der Persönlichkeit des Täters ergeben könne. Dies wird nur dahingehend eingeschränkt, daß die Grausamkeit keine allgemeine (wohl-bleibende) Charaktereigenschaft des Täters sein brauche. Tat und Täter sind damit in Anathese gebracht. Das Urteil über den Täter beeinflusst das Urteil über die Tat und damit deren Qualifizierung als Mord oder einfache vorsätzliche Tötung.

Anm. 16: Vgl. Engisch SA S. 55/161 ff

Man wird sagen können, daß ein solches Verfahren den Bereich der reinen Auslegung überschreitet, da das Gesetz eine Aussage nur über die Tat nicht aber über den Täter als Persönlichkeit enthält, wie sich aus dem adverbischen Gebrauch der Merkmale heimtückisch und grausam ergibt. Vielmehr wird man im Abstellen auf die Täterpersönlichkeit wohl den Versuch sehen müssen, die Ergebnisse zu korrigieren, zu denen eine reine Auslegung der "objektiven" Mordmerkmale führen müßte. Es ist unmittelbar einsichtig, daß dahinter eine Wertung steht, die es für unbefriedigend hält, jede "bloß" grausame oder heimtückische Tötung ohne Rücksicht auf Motive und Umstände unter den Tatbestand des Mordes zu subsumieren. Als Kern der Argumentation, welche auf die Gesamtpersönlichkeit abstellt, erweist sich damit eine soziale Wertung, die von der gesetzlichen differiert soweit diese in den Merkmalen des § 211 Abs. 2 zum Ausdruck gekommen ist. Es geht aber wohl nicht an, hierin eine Rückkehr zur Lehre vom normativen Tätertyp zu sehen, da eine Bezugnahme auf typische soziale Wertungen fehlt. Vielmehr sind es Tendenzen taterstrafrechtlicher Art, die hier zur Geltung kommen.

Weniger stark ausgeprägt, in den Formulierungen jedoch wenigstens anklingend, sind solche Gedankengänge in den folgenden Urteilen: In RG 76/293 heißt es, daß die Auslegung der Merkmale des § 211 Abs. 2 immer die Würdigung der Tat und der Täterpersönlichkeit voraussetze. Ganz ähnlich ist der Wortlaut in RG 77/41. Beide Entscheidungen verlangen jedoch, daß die Gesinnung, die als Ausfluß der Täterpersönlichkeit angesehen wird, in der Art der Ausführung hervortrete. Ebenso formuliert OGH 1/74. Auch BGH 3/330 spricht davon, daß die Persönlichkeit des Täters zu berücksichtigen sei, glaubt aber, daß ihre Würdigung bei der Auslegung der objektiven Mordmerkmale stark an Bedeutung zurücktrete. Ihre Berücksichtigung beschränke sich im allgemeinen auf die Frage nach der Kenntnis und dem Willen der äußeren Tatbestandsmerkmale.

Gegen eine Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit spricht sich BGH 3/264 aus: Die Gesinnung brauche nicht im Wesen des Täters wurzeln und sein Verhalten im ganzen und ständig beeinflussen. Ganz entschieden ablehnend ist auch das Urteil des Großen Senats BGH 11/139, das die Befürchtung ausspricht, eine Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit könne letztlich zu der Auffassung zurückführen, die Merkmale des § 211 Abs. 2 umschrieben den Tatbestand nicht abschließend und es sei jeweils noch die Feststellung besonderer Verwerflichkeit notwendig.

Zu den hier unter b behandelten Konstruktionen muß aber festgestellt werden, daß der Einfluß sozialer Wertungen eigentlich bereits kein offener mehr ist. Eine Bezugnahme auf die sozialen Wertungen als Grundlage der Entscheidungen erfolgt nirgends.

3. Der Einfluß sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung zum Merkmal der "niedrigen Beweggründe":

Daß den sozialen Wertungen entscheidende Bedeutung bei der Auslegung dieses Merkmales zukomme, war seit je herrschende Meinung in der Auslegungstheorie. Die Obergerichte haben diesen Standpunkt im wesentlichen geteilt.

OGH 1/321 will den Maßstab dafür, ob ein Motiv niedrig ist, der herrschenden Überzeugung entnehmen. Niedrig sei ein Motiv, das bei unverbildeten Betrachtern das sittliche Gefühl der Verachtung erwecke. Nach OGH 2/179 handelt aus niedrigen Beweggründen, wer den einfachsten und selbstverständlichsten Grundsätzen und sittlichen Überzeugungen aller Kulturvölker zuwiderhandelt. Richtunggebend für die spätere Rechtsprechung wurde die Definition in BGH 3/132: Niedrig ist danach ein Beweggrund, der nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht, durch hemmungslose, triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich ist.

In all diesen Definitionen wird die allgemeine oder herrschende soziale Wertung als Norm gesehen, an der sich das richterliche Urteil auszurichten hat. Daneben gibt es freilich Begriffsbestimmungen, bei denen eine solche ausdrückliche Verweisung auf die sozialen Wertungen fehlt: Etwa wenn OGH 1/98 Selbstsucht als Kennzeichen eines niedrigen Motivs bezeichnet oder BGH 3/180 niedrig mit nicht achtenswert gleichsetzt. Den Urteilen dieser Art läßt sich aber nicht entnehmen, daß sie die sozialen Wertungen als Maßstab für die richterliche Beurteilung ablehnen und etwa die Eigenwertung des Richters oder das objektive Sittengesetz allein entscheidend sein lassen wollen.

Als niedrig hat die Rechtsprechung unter anderem etwa folgende Motive bezeichnet (ausgesprochen politische Motive und anderes nationalsozialistisches oder mit dem Krieg zusammenhängendes Unrecht wird später gesondert behandelt!): Tötung in ungezügelter Selbstsucht, OGH 2/177

Tötung, um sich des Ehemannes bzw. der Ehefrau zu entledigen, um eine andere Ehe eingehen zu können. BGH 3/110, BGH NJW 1955/1727

Eifersucht, wenn kein sittlich achtenswerter Anlaß zur Eifersucht bestand, BGH 3/180

Tötung aus Wut gegen Verweigerung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs, BGH 2/60

Es bedarf keines Nachweises, daß sich die Rechtsprechung in allen mitgeteilten Fällen in Übereinstimmung mit der wohl fast allgemeinen sozialen Wertung befunden hat.

Um die Stärke des Einflusses sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung wirklich ermessen zu können, reicht das im Vorangegangenen Gesagte noch nicht ganz aus. Man wird sich nämlich nicht damit begnügen können, festzustellen, wann und wo ein solcher Einfluß tatsächlich stattgefunden hat, sondern wird auch in Erwägung ziehen müssen, wie stark der Anreiz zur Berücksichtigung sozialer Wertungen war.

Bereits unter § 1 wurde ausgeführt, daß der innere Grund für die Ausformung des Tötungsstrafrechts in mehrere Tatbestände darin zu sehen sei, daß das allgemeine Rechtsbewußtsein Taten mit größerem und geringeren Unrechtsgehalt unterscheide. Dort wurde auch die Meinung vertreten, das Bestreben der modernen Reformbestrebungen sei dahin gegangen, möglichst engen Anschluß an diese Wertungen der Rechtsgemeinschaft zu gewinnen und insbesondere den Mordtatbestand entsprechend zu fassen. Nun wird man mit einigem Grund aber wohl die Behauptung aufstellen können, daß es dem Gesetzgeber nicht nur unmöglich ist, alle Fälle besonders verwerflicher Tötung zu erfassen, sondern daß er auch nicht all den Verwicklungen, Situationsbedingtheiten und Motivüberschneidungen des konkreten Einzelfalles gerecht werden kann, die das Unwerturteil über eine Handlung maßgeblich mitbestimmen. Hinzu kommt noch, daß von einigen wenigen besonders krassen Fällen der Tötung abgesehen, sich sehr bald unterschiedliche Wertungen über den Grad der Verwerflichkeit zeigen. Dies alles muß gerade bei der Frage der Abgrenzung von Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung für die Rechtsprechung eine außerordentlich starke Versuchung bedeuten, die Judikatur nicht ausschließlich an den gesetzlichen Merkmalen auszurichten. Berücksichtigt man dies, so erscheint der Einfluß, den die sozialen Wertungen auf die Rechtsprechung entfaltet haben, verhältnismäßig gering.

Welche Schwierigkeiten für den Gesetzgeber erwachsen können, der den Mordtatbestand in Anschluß an die sozialen Wertungen fassen will, und welche Möglichkeiten für ein abweichendes Rechtsempfinden des Richters mit jeder solchen gesetzlichen Fixierung verbunden sind, zeigen bereits deutlich die Sitzungsprotokolle der Großen Strafrechtskommission: Es konnte sich keine einheitliche Auffassung darüber bilden, ob bei den verhältnismäßig wichtigen Fallgruppen der politischen Tötung, der Tötung eines Dritten zur Verdeckung einer Straftat oder eines Vollstreckungsbeamten, um die Flucht aus einer Strafanstalt zu ermöglichen, Fälle besonders verwerflicher Tötung vorlägen.¹⁷ Wenn die Bewertung dieser Fälle bereits innerhalb einem so kleinen Personenkreis mit vielen Gemeinsamkeiten wie ihn die Große Strafrechtskommission darstellt, zweifelhaft sein konnte, wird eine solche Wertungsunsicherheit erst

Anm. 17: Sitzungsprotokolle Bd. 7 S. 52/53 insbesondere

recht innerhalb der gesamten Rechtsgemeinschaft zu Tage treten. Sollte der Entwurf 1960 in seiner gegenwärtigen Gestalt geltendes Recht werden, dann würden die drei genannten Fallgruppen als mit Überlegung begangene Tötungen zunächst unter den Tatbestand des Mordes fallen. Mit Sicherheit würde einem Großteil der Richter dieses Ergebnis mit Rücksicht auf die absolute Strafdrohung als zu hart erscheinen und würde die starke Versuchung bestehen, Fälle dieser Art auf dem Wege über § 135 Abs. 2 aus der Tatbestand des Mordes auszuschneiden, obwohl bei dieser Ausnahmenvorschrift in erster Linie an besonders "achtenswerte" Beweggründe gedacht war.

Wie uneinheitlich und ohne scharfe Unterscheidung zwischen Mord und einfacher vorsätzlicher Tötung die sozialen Wertungen sind, zeigt auch eine Umfrage des Demoskopischen Instituts in Allensbach am Bodensee vom Januar 1958. Es darf dabei nicht stören, daß die Frage nach der besonderen Verwerflichkeit der Tötungen darin mit der anderen Frage der Berechtigung der Todesstrafe verknüpft ist. Die Zahl der grundsätzlichen Befürworter der Todesstrafe war nämlich sehr hoch und zwar mindestens 84 % der Befragten,¹⁸ und es kann angenommen werden, daß die Todesstrafe immer dort bejaht wurde, wo dem einzelnen ein Fall besonders verwerflicher Tötung vorzuliegen schien.

Die Frage lautete:

"Wenn es nach Ihnen ginge: welche der folgenden Verbrechen sollten mit dem Tode bestraft werden? (Vorausgesetzt natürlich, daß die Schuld einwandfrei erwiesen ist)"

Die Antworten ergaben folgendes Bild:

Raubmord	84 %
Lustmord	83 %
Wenn jemand einen Mord begeht, damit er eine Versicherungssumme bekommt	58 %
Wenn jemand wegen einer Erbschaft einen Mord begeht	58 %
Wenn jemand einen Menschen umbringt, der ihm bei einem Überfall oder Einbruch im Wege steht oder ihn dabei überrascht	53 %
Wenn eine Mutter nach der Geburt ihr Kind umbringt	36 %
Mord aus Eifersucht	33 %
Politischer Mord, Attentat	32 %
Wenn einer im Rausch einen Mord begeht	23 %
Wenn einer mit einem anderen zusammen Selbstmord begehen will, den anderen zuerst tötet, sein eigener Selbstmord aber mißlingt	17 %
Keine Angabe (auch, "bin auf jeden Fall gegen die	

Anm. 18: Das ist die Zahl derer, die bei Raubmord für die Todesstrafe gestimmt haben.

Todesstrafe")

$$\frac{9\%}{491\%}$$

(Die Werte addieren zu mehr als 100 % da mehrere Befragte Mehrfachangaben gemacht haben).

Auffallend am Ergebnis der Umfrage ist, daß die Zahl der Befürworter der Todesstrafe bei Mord, um eine Versicherungssumme zu erlangen, wesentlich geringer ist als bei Raubmord. Dies zeigt, wie willkürlich die Schwankungen in der Bewertung manchmal sein können. Zum anderen macht die Umfrage deutlich, wie allmählich sich im Bereich der sozialen Wertungen das Unwerturteil über eine Handlung steigert und Mord und einfache vorsätzliche Tötung im Rechtsbewußtsein nicht scharf getrennt werden. Dieser Effekt hätte sich noch mehr verdeutlichen lassen, wenn die Befragung auf noch weitere Fallgruppen erstreckt worden wäre.

Dies alles macht deutlich, wie stark für den Richter immer wieder der Anstoß sein muß, das Gesetz nicht nur auszulegen sondern zu korrigieren. Schließlich, aber nicht zuletzt, wird man bei dem Ergebnis der Umfrage auch etwas von den Schwierigkeiten ahnen können, denen die Rechtsprechung heute bei der Auslegung des Merkmals der "niedrigen Beweggründe" begegnet und auch künftig ausgesetzt sein wird, wenn sie feststellen soll, welche Beweggründe die Schuld des Täters wesentlich mildern.¹⁹

Anm. 19: Diese Bemerkung ist nicht dahin zu verstehen, als wolle sich der Verfasser gegen die Neufassung des Mordtatbestandes, wie sie im Entwurf 1960 vorgeschlagen wird, wenden. Es soll nur der Meinung Ausdruck verliehen werden, daß das Unternehmen, Mord und einfache vorsätzliche Tötung unter Ablehnung an die sozialen Wertungen voneinander abzugrenzen, nie zu einer "glatten" Lösung führen kann.

2. Kapitel

Einzelne Fallgruppen der Tötungsdelikte

§ 1

Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Vernichtung "lebensunwerten Lebens".

A. Tötung auf Verlangen:

Die Bewertung der Tötung auf Verlangen ist eng mit der des Selbstmordes verknüpft. Hier wie dort erhebt sich die Frage, inwieweit der Mensch über sein Leben verfügen könne. Soweit man beim Selbstmord ein solches Verfügungsrecht bejaht, wird man auch die Tötung auf Verlangen kaum mißbilligen können, sofern nur das Tötungsverlangen wirklich ernstgemeint und unmißverständlich und wahre Ursache des Handelns war. Hinsichtlich des menschlichen Verfügungsrechtes sind drei grundsätzliche Einstellungen möglich:

1. Die Möglichkeit der Verfügung über das eigene Leben wird als Ausfluß und letzte Konsequenz der menschlichen Freiheit und Eigenverantwortlichkeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes anerkannt
2. das Verfügungsrecht des einzelnen wird wegen der Zwecke und Interessen der Allgemeinheit geleugnet, die Selbsttötung als Verletzung der Gemeinschaftspflichten verurteilt.
3. Selbsttötung und Tötung auf Verlangen erscheinen dem religiösen Bewußtsein als unfrome Handlung, als Anmaßung der Souveränitätsrechte Gottes, dem philosophischen Denken als Verrat an der eigenen Existenz.

Die gleichen drei Grundhaltungen werden später auch bei den übrigen Fallgruppen der Tötungsdelikte auftauchen, nur daß es dabei weniger um die Freiheit der Verfügung über sich selbst als um die Freiheit der Verfügung über fremdes Leben auf Grund irgendwelcher Interessen gehen wird, insbesondere um das Verfügungsrecht des Staates bzw. seiner Organe.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn man versuchen wollte, die Wurzeln der verschiedenen Haltungen aufzusuchen. Ohne eine umfassende Sichtung des philosophisch-theologischen Schrifttums, ja auch der großen Literatur, angefangen bei Goethes Werther, Hölderlins Empedokles und Dostojewskis Dämonen ließe sich eine solche Aufgabe nicht bewältigen. Nur an Hand einiger weniger Beispiele sollen die verschiedenen Haltungen verdeutlicht werden:

Einleitend zu seiner Abhandlung über die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens hat Binding auch das Problem des Selbstmordes und damit des

Verfügungsrechtes über das eigene Leben kurz erörtert. Er schreibt: "Der Mensch ist der geborene Souverän über sein Leben. Das Recht, ohnmächtig, dem Einzelnen die Tragkraft nach der ihm vom Leben auferlegten Traglast zu bestimmen, bringt diesen Gedanken scharf zum Ausdruck durch Anerkennung von jedermanns Freiheit, mit seinem Leben ein Ende zu machen (Seneca: Licet eo reverti, unde venisti)".¹ Auch Weizsäcker² geht vom Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen über sein Leben aus.

Die zweite Grundhaltung kommt in der Formulierung zum Ausdruck, die Prof. Gleispach im Jahr 1935 gewählt hat, um die Einstellung des Gürtnerschen Entwurfs zu § 216 zu begründen:³ Die besonders milde Behandlung der Tötung auf Verlangen beruhe auf individualistischer Einstellung. Grundsätzlich habe jedes Mitglied der Volksgemeinschaft die Pflicht, ihr auch zu dienen. Selbsttötung sei als Feigheit und Pflichtverletzung verwerflich, das Verlangen, getötet zu werden also für den, der sich dadurch zur Tat bestimmen lasse, an sich kein entlastender Beweggrund. Die schwere Strafe für Tötung habe nicht darin ihren Grund, daß der Lebenswille des einzelnen mißachtet werde, sondern in dem Angriff auf die Volksgemeinschaft, der in der Vernichtung jedes ihrer Glieder gegeben sei. Eine Sondervorschrift für Tötung auf Verlangen sei daher nicht gerechtfertigt.

Der dritte Standpunkt kommt etwa bei Zillig⁴ zum Ausdruck, wenn er sagt: "Für den Christen ist es die Frage des Verfügungsrechtes Gottes über das menschliche Leben". Ähnlich formuliert Karl Barth für die protestantische Ethik.⁵

Die Frage, wie stark diese verschiedenen Grundhaltungen vertreten sind, insbesondere welche von ihnen die Mehrheitswertung zu Selbstmord und Tötung auf Verlangen bestimmt hat, läßt sich schwer auf überzeugend begründete Weise beantworten. Man wird aber wohl vermuten dürfen, daß ein freies Verfügungsrecht des Menschen über sein Leben überwiegend grundsätzlich abgelehnt wird und eine Mehrheit die Tötung auf Verlangen für unwertig und strafwürdig hält.

Anm. 1: Binding möchte aber kein Recht zum Selbstmord annehmen, sondern lediglich eine rechtliche Freiheit. Auch sieht er einen wesentlichen Unterschied zwischen Selbstmord und Tötung auf Verlangen und möchte die Strafvorschrift gegen diese grundsätzlich beibehalten wissen.

Anm. 2: Weizsäcker, Euthanasie und Menschenversuche S. 10

Anm. 3: Gleispach in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht BT 1935 S. 258

Anm. 4: Zillig, Euthanasie, Hochland 42/1950/S. 337 ff

Anm. 5: Barth, Kirchl. Dogmatik III 4 S. 465 ff. Barth will einige Fälle der Selbsttötung von diesem Urteil ausnehmen, da sie nicht als Selbstmord und Annahmung der Herrschaftsrechte Gottes angesehen werden könnten. Er denkt dabei etwa an den Fall, daß jemand nur durch Selbsttötung verhindern kann, daß ihm

Hierfür spricht zunächst die Existenz des § 216 und daß im Zuge der jahrzehntelangen Bemühungen um eine Reform des Strafrechtes niemals ernsthaft versucht wurde, § 216 mit dem Ziele zu beseitigen, Fälle der Tötung auf Verlangen überhaupt straffrei zu lassen. Es wurde sogar immer wieder vorgeschlagen, auch die Teilnahme an fremden Selbstmord wegen des annähernd gleichen Unrechtsgehaltes zu bestrafen. So etwa im Gegenentwurf des Jahres 1911.

Ein starkes Argument für die Verurteilung der Tötung auf Verlangen (die Fälle der Euthanasie hier noch ausgenommen!) stellt die klare Haltung der Kirchen dar, deren Wertung in diesem Punkte wohl von der Mehrheit ihrer Mitglieder geteilt werden durfte. Die Kirchen haben alles getan, um ihre Mitglieder von ihrer offiziellen Haltung zu unterrichten. Bei Mitgliedern der katholischen Kirche ist es so gut wie allgemein bekannt, daß die Kirche dem zurechnungsfähigen Selbstmörder, für dessen Reue keine Anzeichen vorliegen, dem Kirchenrecht entsprechend das kirchliche Begräbnis verweigert. Man wird schließlich auch nicht vergessen dürfen, daß Selbstmord und Tötung auf Verlangen dem Selbsterhaltungstrieb und dem Bewußtsein hiervon widersprechen und auch dadurch eine ablehnende Grundhaltung hervorgerufen wird.⁶

Ob diese überwiegend ablehnende Haltung aber ausnahmslos gilt, wird man bezweifeln können. Es kann angenommen werden, daß der Eindruck der jeweiligen konkreten Situation viele zu einem anderen Urteil veranlassen würde.⁷

durch Folter oder Drogen Aussagen entrisen werden, die anderen schwersten Schaden bringen könnten und an Ähnliches.

Anm. 6: Man wird sagen können, daß gerade dieser Umstand stark dazu beigetragen hat, daß der Bundesgerichtshof den Selbstmordversuch als Unglücksfall im Sinne des § 330 c ansehen konnte. Die Statistik des Selbstmordes vermag diese Auffassung zu stützen: Gruhle, Der Selbstmord, S. 71 zitiert Untersuchungen anderer über Motive des Selbstmordes, so die Zusammenstellung von Krose über 130 000 Fälle aus den Jahren 1860-90. Aus dieser Aufstellung, die im übrigen nach Gruhle wiedergegeben wird, geht hervor, daß der größte Teil der Selbstmorde kaum einer freien und bewußten sittlichen Entscheidung entspringt: Die Angaben über die Motive bewegen sich in folgenden Grenzen:

Körperliche Leiden	männlich	4,4 - 15 %	weiblich	5,7 - 15,2 %
Geisteskrankheiten	"	16,6 - 39,2 %	"	40,0 - 44,2 %
Lebensüberdruß	"	3,0 - 10,4 %	"	2,5 - 7,5 %
Laster	"	1,2 - 21,3 %	"	5,1 - 8,2 %
Leidenschaften	"	1,7 - 5,7 %	"	2,0 - 13,3 %

Anm. 7: Man wird hier bereits an weit weniger kraß liegende Fälle denken dürfen als ihn der oben bei Anmerkung 5 zitierte darstellt. Allerdings wird heute auch manchmal dort eine "Indikation" zum Selbstmord bzw. der Tötung auf Verlangen nicht angenommen werden, wo frühere Zeiten weniger gezögert hätten. Es sei hier nur an den Fall der Emilia Galotti erinnert, wo die innere Be-

Keine Unklarheit kann ferner darüber bestehen, daß die große Mehrheit die Fälle der Tötung auf Verlangen wesentlich milder beurteilt als die kriminelle Tötung im übrigen. Die kollektivistischem Rechtsdenken entsprungenen Argumente des Gürtnerschen Entwurfs, die den Unrechtsgehalt der Tötung im wesentlichen in der Verletzung von Gemeinschaftsinteressen sehen und eine mildere Beurteilung der Tötung auf Verlangen deshalb nicht vornehmen wollen, dürfen kaum auf große Anhängerschaft rechnen. Argumenten dieser Art eignet ein spekulativer Charakter, der dem einfachen Denken verhältnismäßig fremd ist.

Die Rechtsprechung hatte bei der relativen Konstanz der sozialen Wertungen und dem klaren Wortlaut des Gesetzes kaum Anlaß die Frage der Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen aufzugreifen. Zu nennen wäre lediglich etwa RG 28/200 worin zutreffend festgestellt wird, das Rechtsgefühl beurteile die Tötung auf Verlangen milder. Die Frage des Verfügungsrechtes über das eigene Leben hat aber in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Selbstmord eine gewisse Rolle gespielt. BGH 2/150 hat angenommen, daß derjenige wegen vorsätzlicher bzw. fahrlässiger Tötung strafbar sei, der einen Selbstmord nicht hindere, jedoch nach dem Recht zur Erfolgsabwendung verpflichtet sei wie insbesondere der Ehegatte. Gleichzeitig hat der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung ausgeführt, ein Selbstmordversuch sei kein Unglücksfall, weshalb eine Bestrafung wegen § 330 c ausscheide. Die spätere Entscheidung BGH 6/147 hat das soeben zitierte Urteil bestätigt, soweit dieses die Unterlassung der Hilfeleistung als echtes Tötungsdelikt angesehen hatte. Im zweiten Punkte jedoch wurde eine abweichende Entscheidung getroffen, dahingehend, daß jeder wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar sei, der die Begehung eines Selbstmordes nicht verhindere.

Beide Entscheidungen haben gemeinsam, daß in ihnen ein Verfügungsrecht des Selbstmörders über sein Leben, dessen Ausübung die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung zum Erlöschen bringen könnte, nicht anerkannt wird. Eine Ausnahme wird auch nicht für diejenigen Fälle gemacht, in denen der Selbstmörder eine völlig freie Entscheidung in zurechnungsfähigem Zustand getroffen hatte. Die Entscheidung BGH 6/147 zieht die letzte Konsequenz aus dieser Auffassung und gibt mit der Betonung der Hilfeleistungspflicht jedermann die Möglichkeit, sich über den Entschluß des Selbstmörders hinwegzusetzen. Man wird diese Rechtsprechung als Niederschlag der oben angeführten herrschenden

gründung der Tötung auf Verlangen Lessing keinem Zweifel zu unterliegen schien. Dem heutigen Empfinden erscheint der Ausweg allzu billig, zumal Emilia fürchtet, selbst schwach zu werden. - Es wäre einer besonderen Untersuchung würdig, welche soziale Situationen heute als Selbstmordindikationen empfunden werden. Sicherlich wird man darauf stoßen, daß der Wandel der Ehrvorstellungen hierauf nicht ohne Einfluß ist.

sozialen Wertung sehen müssen, die ein Verfügungsrecht des einzelnen über sein Leben in Gestalt von Selbstmord und Gestattung der Tötung verneint.

B. Euthanasie:

Den sozialen Wertungen zu Euthanasie und der im Anschluß hieran zu erörtern- den Vernichtung lebensunwerten Lebens sind vor allem nach diesem Kriege, teilweise aber auch bereits in den zwanziger Jahren einige Untersuchungen ge- widmet worden, deren Hauptzweck freilich weniger in einer Sammlung der Wertungen als vielmehr darin bestand, die genannten Fragen einer rechtlich einwandfreien Lösung zuzuführen. Den durch dieses Schrifttum gewonnenen Ergebnissen ist wenig hinzuzufügen. Der Vollständigkeit halber und um eine Sichtung der Rechtsprechung daraufhin vornehmen zu können, inwieweit sie den sozialen Wertungen entspricht, seien die Resultate früherer Untersuchungen kurz mitgeteilt und in dem einen oder anderen Punkte ergänzt:

Seit der Schrift von Binding-Hoche im Jahre 1920 hat man gelernt, die Fälle der Euthanasie von denen der Vernichtung sog. lebensunwerten Lebens abzugren- zen. Nachdem bereits Binding eine Gliederung der einzelnen Euthanasiefälle gegeben hatte,¹ hat sich nunmehr die folgende von Engisch² stammende Ein- teilung durchgesetzt:

1. Fälle der reinen Schmerzlinderung bei einem Todkranken ohne Verkürzung des Lebens.
2. Fälle der Schmerzlinderung, wobei ungewollt als Nebenwirkung mehr oder weniger wahrscheinlich eine verhältnismäßig unerhebliche Verkürzung des Le- bens eintritt.
3. Die Lebensverkürzung ist nicht Nebenwirkung einer schmerzlindernden Be- handlung, sondern tritt dadurch ein, daß die Anwendung stimulierender Mittel unterlassen wird.
4. Die Lebensverkürzung bei einem Schwerkranken wird absichtlich durch ak- tives Tun herbeigeführt, um ihm längeres Leiden zu ersparen.

Anm. 1: Binding a. a. O S. 16 ff unterscheidet:

1. den Fall, daß eine schmerzhaftes Todesursache durch eine weniger schmerz- hafte verdrängt wird, wobei die Verkürzung des Lebens praktisch nicht ins Ge- wicht fällt.
2. den Fall, daß ein zufolge Krankheit oder Verwundung unrettbar Verlorener in vollem Verständnis der Lage den Wunsch nach dem Tode äußert.
3. Die Tötung geistig Gesunder, die durch irgend ein Ereignis, etwa eine zwei- fellos tödliche Verwundung bewußtlos geworden sind und die zu namenlosem Elend erwachen würden.

Anm. 2: Engisch, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens, S. 54 ff

Die erste Fallgruppe ist überhaupt nicht problematisch. Das Verhalten des Arztes ist nicht ursächlich für den Tod des Patienten. Von einem Tötungsdelikt kann daher nicht die Rede sein.

Bei Punkt zwei läßt sich nicht leugnen, daß die Behandlung ursächlich für einen etwas früheren Eintritt des Todes ist. In der juristischen Wissenschaft hat sich daher eine völlig einheitliche Meinung darüber nicht bilden können, ob die Straffreiheit dieser Fälle sich nach geltendem Recht begründen lasse. Aus dieser Tatsache aber kann nicht geschlossen werden, daß auch die materiellen Wertungen der Autoren auseinandergehen. Dies wird wohl nur vereinzelt der Fall sein. Binding³ glaubte feststellen zu können, daß keine Totungshandlung im Rechtssinne vorliege, wenn nur eine Todesursache durch eine andere ersetzt werde und der Unterschied hinsichtlich des Zeitpunktes des Todes nicht ins Gewicht falle. In diesen Fällen handele es sich in Wahrheit um reine Heilbehandlung. Ähnlich Schaefer im Leipziger Kommentar.⁴ Gegen diese Auffassung haben sich Beling,⁵ Maurach⁶ und M. E. Mayer⁷ und Sauer⁸ gewandt, weil sich die Auffassung Bindings juristisch nicht begründen lasse. Engisch⁹ sieht in dem Falle, daß die Anwendung schmerzlindernder Mittel mehr oder weniger wahrscheinlich eine verhältnismäßig geringfügige Lebensverkürzung nach sich zieht, einen Anwendungsfall des Güterabwägungsprinzips und glaubt sagen zu können: "Die sichere Ausschaltung unerträglicher Schmerzen überwiegt die meist nicht allzu große Gefahr einer Lebensbedrohung, dies um so mehr, je näher das Ende gerückt ist." Engisch sieht darin einen Rechtfertigungsgrund für das Verhalten des Arztes.

Man wird nun sagen müssen, daß die Formulierungen von Binding und Schaefer weiterreichen als die Umgrenzung der Fallgruppe durch Engisch dies tut und daß dies vielleicht der Hauptgrund der Meinungsverschiedenheiten ist: Binding möchte nicht nur wie Engisch diejenigen Fälle von Strafe freistellen, in denen eine unwesentliche Lebensverkürzung unbeabsichtigt als Nebenwirkung der Anästhesie auftritt sondern darüber hinaus auch die Fälle, in denen der Todeseffekt direkt intendiert wird, sofern nur die Zeitdifferenz zwischen dem dadurch bewirkten und dem andernfalls zu erwartenden Todeszeitpunkt verhältnismäßig nicht ins Gewicht fällt. Es ist möglich, daß die geschilderten

Anm. 3: a. a. O S. 17

Anm. 4: LK 1958 § 212 Anm. III (Schaefer)

Anm. 5: Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen 1910 S. 21

Anm. 6: Maurach Lehrbuch BT § 1 II B 2b

Anm. 7: M. E. Mayer AT S. 260 und 290/91

Anm. 8: Sauer AT S. 123

Anm. 9: Engisch a. a. O S. 6 a. A. oder Eb. Schmidt bei Ponsold, Lehrbuch der gerichtl. Medizin S. 12 (2. Aufl. 1951); ähnlich auch Maurach a. a. O. und Mezger AT § 49 Ziff. 3

Meinungsverschiedenheiten innerhalb der juristischen Literatur nicht in dem Maße aufgetreten wären, wenn man von vornherein die Fallgruppe ausschließlich in der von Engisch getroffenen Umgrenzung im Auge gehabt hätte.

Die Wertung der Ärzteschaft: Schaefer¹⁰ glaubt feststellen zu können, daß sich seine Auffassung in Übereinstimmung mit der überwiegenden klinischen Praxis der Gegenwart befinde. Man wird nur sehr schwer sagen können, ob dies zutrifft. Ernste Zweifel gegenüber der Behauptung Schaefers sind aber wohl insofern am Platze, als damit sinngemäß auch gesagt wird, es werde die direkte Tötung unmittelbar vor dem Tode Stehender geübt. Sehr wahrscheinlich war sich Schaefer dieses Sinnes seiner Anmerkung auch nicht bewußt und hatte er vor allem diejenigen Fälle im Auge, in denen nur die Schmerzlinderung intendiert, der etwas frühere Eintritt des Todes aber lediglich in Kauf genommen wird.

Die Wertung der Kirchen:

Der katholischen Kirche: Die Auffassung der katholischen Kirche kommt sehr deutlich in einer Ansprache Papst Pius XII. vom 24.2.1957 zum Ausdruck,¹¹ die wörtlich wiedergegeben wird:

"Wenn zwischen Narkose und Verkürzung des Lebens kein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht, der auf dem Willen des Interessierten beruht oder in der Natur der Sache liegt, (so wenn die Unterdrückung der Schmerzen nur durch Verkürzung des Lebens bewirkt werden könnte!) und wenn vielmehr die Verwendung von Narkotika an sich zweierlei verschiedene Folgen nach sich zieht: einerseits die Erleichterung des Schmerzens, andererseits die Verkürzung des Lebens, so ist sie erlaubt. Man muß allerdings noch zusehen, ob zwischen beiden Wirkungen ein vernünftiges Verhältnis besteht und ob die Vorteile der einen die Nachteile der anderen aufwiegen."

Was in dieser Stellungnahme zum Ausdruck kommt, ist die alte Lehre der katholischen Moraltheologie über sog. Handlungen mit Doppeleffekt: Wenn mit einer Handlung neben einer guten Wirkung auch eine schlechte unabtrennbar verbunden ist, so darf die Handlung vorgenommen werden, wenn nur der gute Erfolg beabsichtigt und die üble Nebenwirkung nur in Kauf genommen wird, sowie die Vorteile der Handlung ihre Nachteile aufwiegen. Keinesfalls aber dürfen gute und schlechte Wirkung in einer Zweck - Mittelbeziehung stehen, etwa in der Weise, daß die gute Wirkung nur durch eine bewußte und gewollte Herbeiführung eines Übels erzielt werden könnte.¹²

Anm. 10: Schaefer a. a. O (vgl. Anm. 4)

Anm. 11: Entnommen dem Staatslexikon der Görresgesellschaft, Stichwort Euthanasie

Anm. 12: Zur katholischen Auffassung siehe auch noch: Lexikon für Theologie und Kirche sowie Staatslexikon der Görresgesellschaft, beide Stichwort Euthanasie; auch Zillig, Euthanasie, Hochland 42/1950 S. 337 ff

Der evangelische Kirche: Eine offizielle Stellungnahme speziell zu dieser Gruppe der Euthanasiefälle liegt soweit ersichtlich nicht vor: In der umfassenden Moraltheologie von Karl Barth ist die Fallgruppe nicht besonders behandelt.

Die Wertung der Allgemeinheit:

Noch weniger überschaubar als die Wertung des Ärzte- oder Juristenstandes ist die Wertung der Allgemeinheit. Man wird hier nur vermuten dürfen, daß die Mehrzahl derer, die wirklich eine eigene Meinung haben, eine Handlung nicht verurteilen, die die Schmerzlinderung zum alleinigen Zweck hat, jedoch mit der Nebenwirkung einer verhältnismäßig geringfügigen Lebensverkürzung. Man muß sich aber darüber klar sein, daß gerade die Fallgruppen der Euthanasie zu dem Fragenkomplex gehören, zu dem sich eine echte communis opinio schon deshalb nicht bilden kann, weil Vorgänge dieser Art außerhalb der Lebenserfahrung der meisten liegen.

Die dritte Fallgruppe bei Engisch ist dadurch gekennzeichnet, daß bei einem Todkranken die Anwendung stimulierender Mittel unterlassen wird und dadurch der Tod beschleunigt eintritt.

Juristische Literatur: Auch diese Fälle sind besonders in der neueren Literatur immer wieder hervorgehoben worden. Die eigentliche juristische Problematik besteht darin, ob und wie lange eine Rechtspflicht des Arztes zur künstlichen Verlängerung verlöschenden Lebens angenommen werden kann.

Engisch selbst¹³ stellt zunächst fest, daß der Arzt auf Grund des Behandlungsvertrages, seines Berufsethos und der Volksanschauung grundsätzlich alles tun müsse um den Kranken am Leben zu erhalten. Wie immer bei den Unterlassungsdelikten werde man die Pflichten aber konkret zu bestimmen haben und den Inhalt der Pflicht der besonderen Lage entnehmen müssen. Entscheidend für die Anwendung analeptischer (anregender, belebender) Mittel werde in erster Linie der Wunsch des Patienten selbst sein. Mit einiger Bestimmtheit werde man sagen können, daß dort, wo der Kranke seine Verhältnisse geordnet habe, ein Umschwung nicht zu erwarten sei, die voraussichtliche Lebensverlängerung nur unbedeutend sein könne, die Anwendung lebensverlängernder Mittel nicht gewünscht werde und nur quäle, keine Rechtspflicht des Arztes zu künstlicher Erhaltung der Lebensgeister mehr bestehe. So auch die von Engisch selbst Genannten, insbesondere Köhler,¹⁴ Ebermayer,¹⁵ Hoche,¹⁶ Meltzer,¹⁷

Anm. 13: a. a. O S. 8

Anm. 14: ~~LD~~ S. 400

Anm. 15: Der Arzt im Recht, S. 119

Anm. 16: Binding-Hoche Seite 50

Anm. 17: Das Problem der Abkürzung lebensunwerten Lebens, S. 70

Schönke¹⁸ und der Bericht der Strafrechtskommission 1936 II (Entwurf Gurtner) Ferner: Schaefer¹⁹, Maurach,²⁰ Welzel,²¹ Heimberger.²²

Eine ausdrücklich abweichende Ansicht wird im juristischen Schrifttum soweit ersichtlich nicht vertreten.

Was die Wertung der Ärzteschaft angeht, so dürfte wohl das zur vorigen Fallgruppe Gesagte auch hier gelten.

Die Wertung der Moraltheologie und der Kirchen:

Eine offizielle Stellungnahme der katholischen Kirche liegt soweit ersichtlich nicht vor. Die katholische Moraltheologie hat aber wiederholt ausgesprochen, daß eine schrankenlose Pflicht zur Anwendung analeptischer Mittel nicht bestehe. So heite es im Lexikon für Theologie und Kirche,²³ daß beim heuigen Stande der medizinischen Technik die meisten Menschen das Rückbildungsalter erreichten. Dies führe häufig zu Schwierigkeiten und längeren Leiden, was bei aller entschiedenen Ablehnung der Euthanasie das "Recht auf den natürlichen Tod" ausdrücklicher sehen lasse. Ähnlich Walter,²⁴ Niedermeyer²⁵ und Schöllgen.²⁶

Auf evangelischer Seite macht Karl Barth²⁷ Zweifel geltend, ob der Arzt unbedingt und in jedem Fall verpflichtet sei, lebensverlängernde Mittel anzuwenden. (Leider ergeben die evangelischen Handbücher der Moral und Sittenlehre sowie die Standardlexika wenig zu all diesen Fragen).

Was schließlich die Wertung der Allgemeinheit angeht, so herrscht ähnliche Unklarheit wie bei der vorigen Fallgruppe. Ein Anhaltspunkt dafür, daß Volksüberzeugung und wissenschaftliche Wertung auseinanderfallen ist nicht gegeben. Man wird daher wohl in aller Vorsicht vermuten dürfen, daß auch nach der überwiegenden Überzeugung des Volkes keine unbeschränkte Pflicht zu lebensverlängerndem Verhalten besteht.

Die letzte Fallgruppe nach Engisch umfaßt die Fälle, in denen die Lebensverkürzung bei einem Schwerkranken absichtlich durch aktives Tun herbeigeführt wird, sobald seine Unheilbarkeit feststeht. Teilweise werden diese Fälle in der Literatur allein als Euthanasie bezeichnet und um sie ist die eigentliche Auseinandersetzung entbrannt.

Anm. 18: Schönke-Schröder, 1961, Vorbem. vor § 211 III

Anm. 19: Schaefer LK 1958, § 212 Anm. III

Anm. 20: BT S. 15 § 1 D 3

Anm. 21: Welzel, Deutsches Strafrecht, S. 206

Anm. 22: Heimberger in Frankfestgabe S. 740

Anm. 23: Stichwort Euthanasie

Anm. 24: Euthanasie und Heiligkeit des Lebens S. 62

Anm. 25: Handbuch der speziellen Pastoralmedizin Bd. VI S. 16

Anm. 26: Aktuelle Moralprobleme S. 395/96 Anm. 27: a. a. O S. 484

In der juristischen Literatur haben sich nur wenige für ihre Zulässigkeit de lege lata ausgesprochen und auch dies nicht ohne Einschränkung. Wie bereits oben berichtet, sind etwa Binding und Schaefer^{28/29} für die Zulässigkeit eingetreten, sofern zwischen dem durch die ärztliche Handlung herbeigeführten Tode und dem andernfalls zu erwartenden Todeszeitpunkt kein wesentlicher Unterschied besteht. Binding hat sich darüber hinaus auch für eine gesetzliche Zulassung der Euthanasie bei solchen Personen ausgesprochen, die unrettbar dem Tode geweiht sind, mag auch ihr Tod noch nicht unmittelbar bevorstehen, und die das Verlangen nach Euthanasie geäußert haben. Die gleiche gesetzliche Möglichkeit will er ferner für Fälle geschaffen wissen, in denen geistig gesunde Persönlichkeiten durch irgendein Ereignis, etwa zweifellos tödliche Verwundung, in Bewußtlosigkeit verfallen sind und nur zu einem namenlosen Elend erwachen könnten. Die Wertung Bindings findet sich schon vor ihm bei Fr. von Liszt,³⁰ Ew. von Liszt,³¹ Allfeld,³² Lilienthal³³ und M. E. Mayer³⁴ sowie bei Pelckmann.³⁵ Die Genannten glauben, die Euthanasie auf Verlangen des Kranken bereits de lege lata rechtfertigen zu können, da § 216 StGB nicht zutrefte, weil dort der Fall nicht berücksichtigt sei, daß das Leben des das Tötungsverlangen Aussprechenden durch eine unheilbare Krankheit lebensunwert geworden sei. Die Tötung dessen, der ein Verlangen nicht mehr aussprechen kann, soll unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein oder es wird auf den Rechtsgedanken abgestellt, wonach Handeln nicht rechtswidrig ist, wenn es ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes darstellt.

War somit in der juristischen Literatur noch der Weimarer Zeit eine der Euthanasie in gewissem Umfang positiv gegenüberstehende Wertung relativ stark vertreten, so kann dies für die Gegenwart nicht mehr gelten. Es ist heute ausgesprochen selten, wenn ein juristischer Autor für die Zulassung der Euthanasie eintritt. Als Grund hierfür wird man wohl einmal eine Zunahme der sittlichen Wertung annehmen können, nach der menschliches Leben schlechthin unantastbar und menschlicher Verfügungsgewalt entzogen ist. Die Erlebnisse in der Zeit des Dritten Reiches haben auch die Gefahren deutlicher sehen lassen, die in jeder Ausnahme vom Tötungsverbot deshalb verborgen liegen, weil alle diese Ausnahmen die Tendenz zur Ausweitung und damit Abschwächung des

Anm. 28/29: Siehe oben Anmerkung 1 und 4

Anm. 30: LB S. 148 für Bejahung der Rechtmäßigkeit in "engsten Grenzen"

Anm. 31: Die vorsätzlichen Tötungen S. 60 ff

Anm. 32: At S. 146 (9. Aufl.) für den Fall, daß der Tod ohnedies in Kürze zu erwarten steht.

Anm. 33: So bei Aschrott-Liszt S. 273

Anm. 34: Der allgemeine Teil des Strafrechts S. 290.

Anm. 35: Pelckmann, Monsch' Krim, Bd. XIV (1923), S. 178

Tötungsverbotes in sich bergen.

Statt vieler sei hier nur Englisch angeführt, wenn er schreibt:³⁶ "Die Fälle der Lebensverkürzung beim unheilbar Leidenden ohne dessen Verlangen aber aus Mitleid gehen fast unmerklich über in die Gruppe von Fällen, wo nicht mehr so sehr Mitleid als vielmehr das Nicht - mehr - mit - ansehen - können der Leiden zum ausschlaggebenden Motiv wird. In dem Augenblick, wo nicht mehr das Mitleid mit dem Kranken selbst, sondern die Rücksicht auf die Umgebung das entscheidende Motiv der Sterbehilfe ist, haben wir es mit einer solchen im eigentlichen Sinn nicht mehr zu tun. Wir nähern uns dann vielmehr der sozialen Indikation der Lebensverkürzung und stehen plötzlich auf ganz anderem Boden."³⁷

Die Wertung der Ärzteschaft läßt sich für einen Außenstehenden nur schwer abschätzen. Auch hier ist wohl festzustellen, daß die Zahl der Befürworter früher häufiger war als heute. Einen relativ guten Überblick über den Stand der Diskussion auch in Ärztekreisen, freilich nur bis zum Jahre 1925, gibt Meltzer,^{37a} der selbst für eine Abänderung des § 216 plädiert, dahingehend, daß die Tötung eines unrettbar Kranken auf dessen ausdrückliches Verlangen straffrei bleiben solle. Seine Ausführungen zeigen, daß selbst damals derartige Bestrebungen keine breite Basis in der Ärzteschaft besaßen. U. a. berichtet Meltzer, daß gerade von Praktikern auf dem 42. Ärztetag in Karlsruhe Bedenken vorgebracht worden seien.

In der Gegenwart hat Weizsäcker³⁸ die Euthanasie auch im Sinne dieser 4. Fallgruppe aus dem Gedanken der Solidarität zwischen Arzt und Patient zu rechtfertigen versucht.

Soweit ersichtlich ist von ärztlichen Standesvertretungen oder größeren ärztlichen Vereinigungen niemals die Forderung nach Legalisierung der Euthanasie auch in diesen Fällen erhoben werden, ein Umstand, der mehr als alles andere die grundsätzlich ablehnende Haltung der Ärzteschaft in ihrer großen Mehrheit erkennen läßt.³⁹

Die Wertung der Kirchen: Die Euthanasie in der Form der direkt beabsichtigten Tötung des Leidenden ist von beiden Kirchen stets entschieden abgelehnt worden und zwar als ein Eingriff in die Rechte Gottes als des alleinigen

Anm. 36: a. a. O S. 18

Anm. 37: so auch etwa Welzel, Lehrbuch S. 206; Kohlrausch-Lange § 211 Anm. VI zu § 212 Maurach BT S. 14/15; Mezger BT S. 22/23

Anm. 37a: Meltzer, Das Problem der Abkürzung lebensunwerten Lebens, insbesondere S. 46

Anm. 38: Euthanasie und Menschenversuche S. 13 ff

Anm. 39: Vgl. auch Eb. Schmidt bei Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, S. 13 (ablehnend)

Herrn über Leben und Tod. 39a

Die Wertung politischer Parteien:

Im Rechtsausschuß des Reichstages wurde von kommunistischer Seite beantragt, in den Entwurf 1927 eine Sondervorschrift aufzunehmen, nach der die Euthanasie straflos bleiben solle. Der Antrag wurde abgelehnt. Im übrigen läßt sich wohl von einer geschlossenen Haltung einzelner Parteien kaum sprechen. Wenn Walter⁴⁰ eine Stellungnahme des sozialistischen parteiamtlichen Blattes "Vorwärts" aus dem Jahre 1923 anführt, in der für die gesetzliche Zulassung der Euthanasie plädiert wurde, so ist darin kaum die Haltung der gesamten Sozialdemokratie zum Ausdruck gekommen.

Die Bestrebungen der Strafrechtsreform als Indiz für den Stand der sozialen Wertungen:

Einen Überblick über die Reformbestrebungen gibt Engisch a. a. O. Weder der Vorentwurf des Jahres 1909 noch die Entwürfe bis zum Jahre 1927 erwähnen ausdrücklich die Euthanasie und lehnen es damit ab, weiterzugehen als der heutige § 216 StGB dies tut. Auch der Gürtnersche Entwurf des Jahres 1935 lehnt die gesetzliche Zulassung der Euthanasie ab. Die gleiche Linie verfolgt neuerdings auch wieder der Entwurf 1960. 40a 41

Daß in den Reformbestrebungen niemals ernsthaft beabsichtigt wurde, einen gesetzlichen Ausnahmetatbestand zu schaffen, läßt bereits einen gewissen Schluß auf den Stand der Wertungen in der Allgemeinheit zu. Man wird vermuten können, daß diese die Euthanasie stets ganz überwiegend abgelehnt hat, und die ablehnende Haltung der Kirchen von ihr weitgehend geteilt worden ist. Ein echter Wertungswandel dürfte nicht stattgefunden haben, ja man wird wohl nicht einmal von einer stärkeren Wertungsverschiebung sprechen können. Es darf an dieser Stelle aber auch nicht ein Hinweis darauf unterlassen werden,

Anm. 39a: Für die katholische Wertung vgl. Lexikon für Theologie und Kirche sowie Staatslexikon der Görresgesellschaft, Stichwort Euthanasie; dort auch Nachweise kirchlicher Entscheidungen (St. Officium); Schöllgen, Aktuelle Moralprobleme S. 402; Walter a. a. O S. 569 ff insbesondere. Für die evangelische Wertung: Bonhoeffer, Ethik S. 110 und 115, Karl Barth S. 484 ff

Anm. 40: Walter a. a. O S. 24

Anm. 40a: Hilschenz, Die Sterbehilfe S. 68 führt an, daß die sog. Preußische Denkschrift aus dem Jahre 1934 einen Sondertatbestand angeregt habe, der einen Rechtfertigungsgrund für die hier besprochenen Fälle der Euthanasie bringen sollte.

Anm. 41: Die Niederschrift über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission läßt erkennen, daß auch dort Unklarheit darüber bestand, in welchem Umfang die Euthanasie durch die Ärzteschaft tatsächlich geübt werde. Vgl. Prot. Bd. 7 S. 66

daß eine aktuelle im Bewußtsein lebendige Wertung hier weithin nicht vorhanden sein wird.⁴²

Eine Rechtsprechung zu den bisher behandelten vier Fallgruppen der Euthanasie gibt es nicht. Fälle dieser Art sind offenbar niemals angeklagt worden, ein Verfahren der Anklagebehörden, das angesichts des staatsanwaltschaftliche Verfahren beherrschenden Legalitätsprinzips nicht unbedenklich ist und der Herausbildung klarer rechtlicher Maßstäbe nicht forderlich war. Nur die freilich reichhaltige Indikatur zu Fällen der sog. Vernichtung lebensunwerten Lebens hat die Frage der Erlaubtheit der Euthanasie als Vorfrage immer wieder gestreift. Noch verhältnismäßig ausführlich ist dies in den Urteilen KG DRZ 47/199, OLG Frankfurt SJZ 47/628 und OGH SJZ 49/347 geschehen. Die Gerichte haben die Euthanasie, wobei sie wohl ersichtlich an die 4. Fallgruppe im Sinne von Engisch dachten, als rechtlich unzulässig und verwerflich bezeichnet.

Wenn trotz der recht unergiebigsten Rechtsprechung im Vorangegangenen den Wertungen zu den Fragen der Euthanasie verhältnismäßig breiter Raum gewidmet wurde, so geschah dies vor allem in der Absicht, damit für die Beurteilung der Fälle der Vernichtung lebensunwerten Lebens den nötigen Hintergrund zu schaffen und sowohl der Rechtsprechung wie auch den sozialen Wertungen zu diesem Problem ein besseres Verständnis zu sichern.

C. Vernichtung "lebensunwerten Lebens"

Man versteht hierunter seit der Schrift von Binding und Hoche aus dem Jahre 1920, die bereits im Vorangegangenen mehrfach zitiert wurde, die Tötung schwer und unheilbar Geisteskranker. Mag auch vor dem Erscheinen der genannten Veröffentlichung gelegentlich die Forderung nach einer Tötung solcher Menschen erhoben worden sein - Binding selbst gibt in seiner Schrift einige Literaturhinweise - so ist die Frage doch erst durch sie in die allgemeine und offene Diskussion eingeführt worden. Neben der Automatik Bindings ist es das Zeitgeschehen, welches das nicht unerhebliche Interesse an der Frage erklärt: Die soziale und wirtschaftliche Notlage am Ende des ersten Weltkrieges verschaffte auch so radikalen Forderungen bevölkerungspolitischer Natur Gehör. Als Befürworter der Tötung unheilbar Geisteskranker sind neben Binding und Hoche etwa Gaupp⁴³ und Borchardt⁴⁴ zu nennen. Als Gründe für die Tötung wur-

Anm. 42: In der Zeit des Dritten Reiches unternommene Versuche, den Gedanken der Euthanasie populär zu machen, scheiterten. Zu nennen ist etwa der Film "Ich klage an" vom Ende der dreißiger Jahre.

Anm. 43: Gaupp, Deutsche Strafrechtszeitung 1920/S. 332. Gaupp billigt wohl Bindings Vorschläge, hält aber eine Auseinandersetzung mit dem theologischen

den angeführt: Das Leben habe für den unrettbar und schwer Geisteskranken selbst keinen Wert, bedeute ihm vielmehr eine Last. Auch habe er keinen echten Lebenswillen, der durch die Tötung erst gebrochen werden müßte. (Hoche) Für die Allgemeinheit wie für die Familien stelle die Unterhaltung und Pflege der Geisteskranken eine unerträgliche Belastung dar. (Dieser Gedanke muß geradezu als das dominierende Motiv in allen Veröffentlichungen angesehen werden!) Bezeichnend ist es etwa, wenn Hoche⁴⁵ schreibt: "Trotz allem wird in dieser neuen Frage nur ein ganz langsam sich entwickelnder Prozeß der Umstellung und Neueinstellung möglich sein. Das Bewußtsein der Bedeutungslosigkeit der Einzulexistenz gemessen an den Interessen des Ganzen wird noch stärker Allgemeingut werden müssen, bis diese Vorschläge Anerkennung finden können." Ganz ähnlich auch Hilschenz;⁴⁶ "Erschütternd ist der grelle Mißklang, zwischen der ängstlichen Beueung, die unsere Irrenanstalten ihren Insassen angedeihen lassen und unserer Ohnmacht andererseits, wertvollstes Volksgut bei gefährlicher Berufsarbeit oder im Kriege vor dem sicheren Untergang zu bewahren."⁴⁷

Auch bei Binding selbst finden sich dieselben Gedankengänge, obwohl er gleichzeitig stark betont, daß die Tat Ausfluß freien Mitleids mit dem Kranken sein müsse.⁴⁸

Die Forderung, die Vernichtung solchen "lebensunwerten Lebens" zuzulassen, ist bald auf lebhaften Widerstand gestoßen. Es kann angenommen werden, daß Ebermayer⁴⁹ für weite Kreise der Juristenschaft gesprochen hat, wenn er das Hauptbedenken gegen die Tötung Geisteskranker darin sah, daß hier Dritte über Sein oder Nichtsein eines Menschen beschließen sollten, ohne ihn gehört zu haben, das menschliche Leben aber damit zum Verfügungsobjekt werde. Vom Standpunkte des Psychiaters aus hat Meltzer⁵⁰ den Bindingschen Vorschlag abgelehnt und ausgeführt, daß der Geisteskranke zumeist durchaus über einen starken Lebenswillen verfüge. Auch betont er den sittlichen Wert der Pflege

Argumenten gegen die Freigabe noch für nötig.

Anm. 44: Borchardt, Deutsche Strafrechtszeitung 1922/S. 206

Anm. 45: a. a. O S. 116

Anm. 46: a. a. O S. 11 insbesondere. Die Abhandlung von Hilschenz befaßt sich an sich nicht mit der Vernichtung lebensunwerten Lebens sondern nur mit der Sterbehilfe gegenüber todkranken und unheilbar Leidenden. Sie nimmt aber doch gelegentlich zu diesem Problem Stellung.

Anm. 47: Alle hier wiedergegebenen Stellungnahmen zugunsten der Vernichtung lebensunwerten Lebens sind in starkem Maße von rechtskollektivistischem Denken geprägt.

Anm. 48: a. a. O Seite 37

Anm. 49: Der Arzt im Recht, S. 120

Anm. 50: Meltzer a. a. O S. 102 ff insbesondere

der Geisteskranken und die Bedeutung des Leidens als einer wesentlichen Seite des menschlichen Lebens. Jede Ausnahme vom Tötungsverbot berge, so meint er, die Gefahr der Ausuferung in sich. - In seiner im Jahre 1935 erschienenen umfangreichen Abhandlung, "Die Euthanasie und die Heiligkeit des Lebens" hat Walter das Problem vom christlichen Standpunkt aus behandelt und jede Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens entschieden abgelehnt. U. a. wendet er sich bereits gegen den Begriff des lebensunwerten Lebens und führt aus: "Dem Leben jeden Wert abzusprechen ist nur möglich, wenn ein transzendente Ziel geleugnet wird, wenn der Lebenswert lediglich von Zufälligkeiten abhängt und die Persönlichkeit keinen unverlierbaren Wert in sich trägt." Aus der Zeit nach diesem Kriege sind die Veröffentlichungen von Weizsäcker,⁵¹ Engisch,⁵² und Zilling⁵³ zu nennen.

Nach Weizsäcker kommt ein echter Ausgleich zwischen Individuum und menschlicher Gemeinschaft dann nicht zustande, wenn diese ihre Ziele und Interessen mit Gewalt durchzusetzen sucht und das Individuum nur als Objekt staatlicher Machtentfaltung ansieht. Dies aber sei der Fall, wenn die Tötung Geisteskranker von Staats wegen erfolge. - Engisch betont u. a., daß die Notstands-idee keineswegs ein tragfähiges Fundament für derartige Maßnahmen abgeben könne, da eine schlechte wirtschaftliche Situation noch keine Notstandslage sei. Auch sei das Unternehmen, Menschen verschiedener Qualität zu unterscheiden, sittlich höchst problematisch.

Was die Verbreitung der einzelnen Wertungen anlangt, so läßt sich wohl folgendes sagen: Die positive Bewertung der Vernichtung lebensunwerten Lebens hat wohl zu keiner Zeit überwogen, ja ist stets nur von einer verhältnismäßig kleinen Minderheit bewußt gebilligt und gefordert worden. Die bekannte sog. Euthanasieaktion im Dritten Reich⁵⁴ war das Werk einiger weniger und kann nicht als Ausdruck auch nur einer starken Minderheitswertung aufgefaßt werden.

Die Haltung der Juristenschaft ergibt sich wohl am besten daraus, daß wenige namhafte Juristen für die Vorschläge von Binding und Hoche eingetreten sind. Als repräsentativ für die Wertung der Juristenschaft muß vielmehr der Entwurf Gürtner angesehen werden, nach dessen Begründung der Großen Strafrechtskommission die Zulassung der Vernichtung sog. lebensunwerten Lebens völlig undis-

Anm. 51: Euthanasie und Menschenversuche S. 19

Anm. 52: a. a. O. Insbesondere S. 39

Anm. 53: Zilling, a. a. O.

Anm. 54: Bekanntlich stützte sich die Euthanasieaktion auf den folgenden Geheimerlaß Hitlers vom 1. Sept. 1939; mit dem Wortlaut: "Reichsleiter Bouhler und Dr. med. Brandt sind unter Verantwortung beauftragt, die Befugnisse namentlich zu bestimmender Ärzte so zu erweitern, daß nach menschlichem Ermessen unheilbar Kranken bei kritischster Beurteilung ihres Krankheitszustandes der Gnadentod gewährt werden kann."

kutabel erschienen sei. Selbst die sog. Preußische Denkschrift, in der die Leitgedanken national-sozialistischen Strafrechts niedergelegt waren, hat die Vernichtung lebensunwerten Lebens nicht zulassen wollen, mag sie auch mit ihrer kollektivistischen Haltung zum Euthanasieproblem im engeren Sinne dem Gedanken der Vernichtung lebensunwerten Lebens den Boden bereitet haben.

Die überwiegende Ablehnung durch die Ärzteschaft und die Verurteilung der Euthanasieaktion durch die Kirchen⁵⁶ wird in der Dokumentensammlung von Mitscherlich-Mielke⁵⁷ anschaulich dargestellt.

Was die Wertung der breiten Masse der Rechtsgenossen anlangt, wird man wohl annehmen können, daß noch bis in die dreißiger Jahre hinein ein völliges Desinteressement an dem Problem bestand und dieses Interesse erst mit dem Bekanntwerden der Euthanasieaktion Hitlers geweckt wurde. Engisch glaubt sagen zu können, daß sich eine klar erkennbare und deutlich betonte öffentliche Meinung gegen die Vernichtung lebensunwerten Lebens gebildet habe. Die Euthanasieaktion wurde auch wegen des Aufsehens in der Öffentlichkeit eingestellt. Immerhin bedarf es der Beachtung, daß Meltzer⁵⁸ bei einer Umfrage im Jahre 1920 feststellen mußte, daß 73 % der befragten Eltern und Vormünder sich unter gewissen Voraussetzungen für eine Abkürzung lebensunwerten Lebens aussprachen. Meltzer selbst hält dieses Ergebnis nicht für verallgemeinerungsfähig sondern führt es auf die besondere wirtschaftliche und religiöse Situation im Umfragegebiet (Sachsen) zurück. Man muß ferner berücksichtigen, daß die Bewertung der Abkürzung lebensunwerten Lebens sich nicht nur stark aus gefühlsmäßigen Quellen ableitet, sondern auch, wie sich leicht feststellen läßt, nicht zuletzt durch einen anderen Umstand bestimmt wird: Es ist dies das fehlende Bewußtsein der Gleichartigkeit des eigenen Ich mit dem des Geisteskranken.

Anm. 55: Gleispach, Das kommende deutsche Strafrecht 1936 S. 375

Anm. 56: Vgl. Mausbach - Ermecke, S. 270 f und Häring S. 227, 228 einerseits, Barth, Dogmatik, Bd. III/4 S. 483 ff andererseits.

Anm. 57: Medizin ohne Menschlichkeit, Dokumente der Nürnberger Ärzteprozesse, insbesondere S. 196 ff, Vgl. auch Arndt, Konstanzer Juristentag 1947

Anm. 58: a. a. O S. 87/88. Die Fragen (etwa 200 Personen wurden befragt, 162 antworteten) lauteten: 1. Würden Sie auf jeden Fall in eine schmerzlose Abkürzung des Lebens Ihres Kindes einwilligen, nachdem durch Sachverständige festgestellt ist, daß es unheilbar blöd ist? 2. Würden Sie diese Einwilligung nur für den Fall geben, daß Sie selbst sich nicht mehr um Ihr Kind kümmern können? 3. Würden Sie die Einwilligung nur geben, wenn das Kind an heftigen körperlichen und seelischen Schmerzen leidet? 4. Wie stellt sich Ihre Frau zu den Fragen 1 - 3?

ken, ein Anschauungsmangel, der sich daraus erklärt, daß der Geistes-
kranke nicht normal handelnd gegenübertritt. Es bedarf einer gewissen Reife
und sittlichen Ernstes um über diese Schwierigkeit hinwegzukommen. Man
wird dieses Effekt im Hintergrund aller Bestrebungen nach Freigabe der Ver-
nichtung lebensunwerten Lebens sehen müssen.⁵⁹

Die Rechtsprechung zur Tötung unheilbar Geisteskranker (Soweit von deutschen Gerichten erfolgt)

Von der Rechtsprechung der deutschen Obergerichte ist die Tötung von Gei-
steskranken im Rahmen der sogenannten Euthanasieaktion durchgehend als Mord
angesehen worden, und zwar, weil die Tötung heimtückisch und aus niedrigen
Motiven erfolgt sei. Bereits oben auf S. 48 ist je ein Urteil des KG-Berlin und
des OLG Frankfurt genannt worden, die dies aussprechen.^{59a} Den gleichen
Standpunkt hat der OGH eingenommen: In OGH 1/321 wird ausgeführt, daß
niedrig im Sinne des § 211 StGB auch politische, eugenische oder ähnliche
Erwägungen sein könnten. Im übrigen sei die Anstaltstötung nicht nur heim-
tückisch sondern auch grausam gewesen, weil "eine Tat, die nach Umfang,
Ausführung und Beweggrund von Grund auf unmenschlich ist und das Entsetzen
jedes human Denkenden erregt, im wahren Wortsinn auch grausam ist." Eben-
so der BGH in einem erst kürzlich veröffentlichten Urteil vom Dezember 1960,⁶⁰
in welchem er ausführt, daß die Motive zur Tötung Geisteskranker als niedrig
angesehen werden müßten und vom sittlichen Bewußtsein aller Kulturvölker
auch so eingestuft würden.

Zur Begründung der Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des § 211 wird also auf die
sozialen Wertungen abgestellt. Die Gerichte sind dabei der weit überwiegen-
den Wertung gerecht geworden, welche die Vernichtung lebensunwerten Lebens
als Fall der vorsätzlichen Tötung verurteilt. Zweifelhaft kann indessen sein,
ob die herrschende soziale Wertung die Tötung im Rahmen der Euthanasieak-
tion als auf einem Motiv beruhend ansieht, das auf unterster sittlicher Stu-
fe steht. Dies wird man sicherlich nicht mit gleicher Sicherheit annehmen
können und wohl überhaupt nur für Fälle, in denen entweder die Vernichtung
lebensunwerten Lebens gar nicht eigentliches und beherrschendes Motiv war
oder aber vermeintlich humanitäre Erwägungen beim Täter überhaupt keine
Rolle gespielt haben und die Tötung lediglich zu dem Zwecke erfolgte, einen
lästigen Esser zu beseitigen.⁶¹

Anm. 59: Eine Darstellung der Euthanasieaktion gibt Dr. med. Al. Platen-Hall-
ermond in: "Die Tötung Geisteskranker in Deutschland" Frankfurt 1948

Anm. 59a: Das OLG Frankfurt will nicht in jedem Fall niedrige Beweggründe an-
nehmen. Es komme auf den Einzelfall an. Handeln aus Furcht vor gesellschaft-
licher Ächtung könne "niedrige Beweggründe" ausschließen.

Anm. 60: Vgl. NJW 1961 S. 276 ff

Anm. 61: Ein neues Urteil zu dieser Frage ist im Fall des ebenfalls leitend an
der Euthanasieaktion beteiligten Dr. Heyde zu erwarten.

Die sozialen Wertungen haben bei dieser Fallgruppe in der Rechtsprechung nicht nur für die Subsumtion unter § 211 oder § 212 eine Rolle gespielt sondern auch für die Beurteilung der Schuldfrage: Dies zeigt OHG 1/321. Zur Frage des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, vor allem im Hinblick auf den Führererlaß vom 1. Sept. 1939 hat das Gericht ausgeführt, die Angeklagten könnten sich auf eine dem allgemein anerkannten Sittengesetz widersprechende Haltung nicht berufen. Danach vermag selbst bei Unkenntnis eines rechtlichen Verbotes die allgemeine soziale Wertung des Kennenmüssen und damit die Unbeachtlichkeit eines Verbotsirrtums zu begründen, eine Konstruktion, die in Urteilen zu sog. nationalsozialistischem Unrecht immer wieder auftritt.⁶²

§ 2

Die Tötung aus politischen Motiven, unter dem Einfluß einer politischen Situation, auf Grund rechtswidrigen Befehls.

A. Die Tötung aus politischen Motiven:

Bei der Tötung aus politischen Motiven lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden, deren soziale Bewertung stark verschieden ist:

1. Tötungen, in denen um der Wahrung und Verteidigung überwertiger allgemeiner Güter willen als letzter Ausweg die Tötung des Exponenten einer politischen Richtung gewählt wird.

2. Tötungen, bei denen ohne Vorliegen eines Staatsnotstandes oder eines gegenwärtigen Angriffs gegen wichtige Güter der Allgemeinheit, die Beseitigung des politischen Gegners als Mittel der politischen Auseinandersetzung ins Auge gefaßt wird.

3. Tötungen, die zwar zur Erreichung politischer Ziele, jedoch nicht am Gegner sondern an unbeteiligten Dritten begangen werden (Terrorakte).

Fälle der Gruppe 1 sind seit jeher bekannt gewesen und unter der Bezeichnung Tyrannenmord vom moraltheologischen und moralphilosophischen Schrifttum behandelt worden. Das moderne Schrifttum hat stattdessen diese Fälle unter den Oberbegriff: Staatsnotwehr oder Staatsnotstand gebracht. Als einen Fall,

Anm. 62: Die Entscheidung OGH 1/321 hat aber angenommen, daß ein an der Euthanasieaktion mitwirkender Arzt möglicherweise auf Grund eines persönlichen Strafausschließungsgrundes dann straffrei bleiben könne, wenn er sich an der Tötungsaktion nur beteiligt hat, um der Tötung einer ungleich größeren Zahl von Geisteskranken entgegenwirken zu können. Vgl. auch Klefisch, MDR 1950 S. 258

der hierunter subsumiert werden muß, ist das Attentat auf Hitler vom 20. Juli 1944 anzusehen. Hierher wird man ferner wohl auch einige besonders gelagerte Fälle der Spionageabwehr zählen können, in denen der Schutz staatlicher Belange von größerer Bedeutung auf andere Weise nicht möglich ist. Auf eine Darstellung der sehr umfangreichen Literatur, die eine eigene Monographie erfordern würde, kann nicht eingegangen werden. Es sei nur darauf hingewiesen, daß die Frage stets in einem gewissen Zusammenhang mit der des Widerstandsrechts gegen die Staatsgewalt gestanden hat, das vor allem aus zwei Gründen stets umstritten war: Einmal wegen der Schwierigkeit, die Grenzen der legitimen staatlichen Autorität abzustechen und die Vorteile der Aufrechterhaltung äußerer wenn auch ungerechter Ordnung gegen die Nachteile abzuwägen, die durch grob naturrechtswidriges Verhalten der Staatsgewalt entstehen, zum anderen wegen der ungeheuer schweren Aufgabe, die Kompetenz zum Handeln richtig zu umgrenzen und nicht der freien Inspiration jedes Beliebigen zu überlassen.

Für die Beurteilung des Widerstandsrechts gilt wohl, was das Heiderlexikon, Band 10, Der Mensch in seiner Welt, auf Spalte 651 zusammenfassend schreibt: "Die Entwicklung und Ausbildung der Widerstandslehre bietet ein besonders treffendes Beispiel dafür, wie eine solche Lehre von der geschichtlichen Erfahrung und vom geschichtlichen Anschauungsmaterial bedingt ist. Im 19. Jahrhundert schien ein solches Recht überhaupt überflüssig zu werden. Die überall gewährte Verfassung gab den Untertanen so viele Ansatzpunkte, ihren Willen gegen die Staatsgewalt zum Ausdruck zu bringen, daß man der Meinung sein konnte, ein tätiger gewaltsamer Widerstand komme überhaupt nicht mehr in Frage. Erst die Erfahrung des neuen totalitären Staates erweckte ein neues brennendes Interesse für das Widerstandsrecht und hat fast alle Rechtslehren und Moralisten zu irgendeiner Form seiner Bejahung geführt."

Es ist aber darauf hinzuweisen, daß die Kirchen, insbesondere die evangelische Kirche lange gezögert haben, ein Widerstandsrecht, insbesondere ein Recht zum Tyrannenmord anzunehmen.¹ Sicher ist nur, daß Moraltheologie wie auch Philosophie stets Fälle dieser Art von den unter Gruppe 2 genannten unterschieden haben.

Eine bewußtseinsaktuelle Wertung des breiten Volkes zu der Frage dürfte weiterhin nicht vorhanden sein. Eine echte communis opinio bildet sich, wenn überhaupt, wohl stets nur im Einzelfall. Politischer Erfolg oder Mißerfolg der Totung sind auf die Bildung der Volkswertung von ebenso starkem Einfluß wie die eigene politische Einstellung des Wertenden und seine Verwicklung in das Zeitgeschehen. Vom Attentat des 20. Juli wird man wohl sagen können, daß es nach der heute überwiegenden Wertung gerechtfertigt erscheint.

Anm. 1: Vgl. etwa Brunner, Das Gebot und die Ordnungen S. 589, der selbst allerdings zur Annahme eines Widerstandsrechtes in engen Grenzen zu neigen scheint.

Entscheidungen: Fälle aus dieser Gruppe politischer Tötung sind naturgemäß selten abgeurteilt worden. Zu nennen ist hier aber ein Urteil des Reichsgerichts vom 8. 5. 1929, RG 63/224, wo das Reichsgericht Zweifel äußert, ob es ein den Einzelnen zur Tötung berechtigtes Notwehr und Notstandsrecht zugunsten des Staates gebe, da selbst der Staat niemals und auch nicht in Kriegszeiten so weitgehende gesetzliche Befugnisse verliehen habe. Das Gericht läßt die Frage aber unentschieden, da in dem zur Entscheidung stehenden Fall die Tötung nicht das einzige zur Verfügung stehende Mittel gewesen sei. Die Tötung betraf einen Fall, wo ein vermeintlicher Spion wegen der befürchteten Gefahr des Verrats von Staatsgeheimnissen ohne weiteres Verfahren erschossen worden war.² Das Reichsgericht zeigt damit eine entschiedene Tendenz zu der sozialen Wertung, die ein Handlungsrecht des Einzelnen verneint, nicht zuletzt wohl unter dem Eindruck des abzuurteilenden Falles. Daß es sich zu der damals herrschenden sozialen Wertung in Gegensatz befunden habe, wird man kaum sagen können.^{2a}

Die zweite Fallgruppe der politischen Tötung unterliegt unbestritten jedenfalls in der Theorie dem allgemeinen Unwerturteil. Als Beispiele für die politische Tötung dieser Art wären zu nennen die Fememorde der Weimarer Zeit, die Morde an Kurt Eisler, Erzberger und Rathenau, die Tötung politischer Gegner durch die SA vor der Machtergreifung Hitlers, von denen Eyck in seiner Geschichte der Weimarer Republik etwa auf Seite 501 berichtet, die Erschießung von Schleicher und Röhm, die Tötung politischer Gegner in der Zeit nach der Machtergreifung, etwa des Admirals Canaris oder Angehöriger des Widerstandes, aus der Gegenwart die Attentate politischer Emigranten oder an solchen wie die Tötung des ehemaligen slowakischen Ministers Czermak, auch wohl die Anschläge der sog. Roten Hand in Zusammenhang mit Waffenlieferungen an die algerischen Aufständischen. Worum es bei allen diesen Fällen eigentlich nur gehen kann, ist die Frage, ob das politische Motiv als "niedrig" im Sinne des § 211 StGB angesehen werden kann und von der überwiegenden sozialen Wertung so eingestuft wird.

In der Rechtswissenschaft ist vor allem im Anschluß an den Entwurf 1925 das Problem des Überzeugungsverbrechers erörtert worden. § 71 des Entwurfs hatte eine nicht entehrende Freiheitsstrafe für den Fall vorgeschlagen, daß der Täter von seiner sittlichen Pflicht zu handeln überzeugt sei. U. a. hat sich auch der 34. Juristentag 1926 mit diesem Vorschlag befaßt. Der Strafrechtsausschuß billigte trotz heftigen Widerstandes einer Minderheit den Grundgedanken des

Anm. 2: Im übrigen sei es in erster Linie Aufgabe des Staates selbst und seiner Organe, für die Wahrung der öffentlichen Belange zu sorgen.

Anm. 2a: Eine Ablehnung des Handelns im Staatsnotstand für jeden nur denkbaren Einzelfall wird man der Entscheidung aber nicht entnehmen können.

Entwurfs: Radbruch führte in seinem Referat aus, daß in der Einführung einer solchen Vorschrift keine Selbstverneinung sondern eine Selbstbescheidung des Staates liege, die mit der demokratischen Staatsidee zusammenhänge. Der demokratische Staat sei nicht aufgebaut auf dem Boden einer beweisbaren und eindeutigen politischen Ideologie sondern kenne nur Mehrheits- und Minderheitsansichten. Gegen Minderheitsansichten, die sich gewaltsam gegen ihn auflehnten, könne und müsse der Staat seine Macht aufwenden um sie sich zu unterwerfen, ihm stehe es aber nicht an, solche Anschauungen zu demütigen als seien sie Frevel. Jedoch sprachen sich sowohl Radbruch als auch eine Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses dagegen aus, auch dem politischen Mord die Privilegierung zugute kommen zu lassen. Gleichwohl wird man aber den Ausführungen und Beschlüssen auf dem genannten Juristentag wohl entnehmen können, daß ein Großteil der Juristenschaft das politische Motiv auch beim Mord nicht schlechthin als niedrig betrachtete.

Unter dem Eindruck der politischen Morde des Nationalsozialismus ist es nach diesem Kriege erneut zu einer Erörterung der Frage gekommen, wie die Motive beim politischen Mord zu beurteilen seien. Dabei konnten sich innerhalb der Juristenschaft zwei extreme Auffassungen nicht durchsetzen: Die Auffassung von Zinn,³ der jede politische Tötung als solche aus niedrigen Beweggründen betrachtet hat, wie auch diejenige von Stock,⁴ der dem entgegen gesetzten Extrem zuzuneigen scheint. Durchgesetzt und in alle Kommentare Eingang gefunden hat vielmehr die Meinung von Radbruch, wonach die Tötung aus politischer Unduldsamkeit, hemmungslosem Machtstreben und Gehässigkeit als Tötung aus niedrigen Motiven aufzufassen sei, während kein niedriges Motiv vorliege, wenn der Täter allgemeine Interessen wahrzunehmen glaube.^{5 5a}

Was die Wertung der Allgemeinheit anlangt, so wird man wohl annehmen können, daß sie der in der juristischen Literatur herrschenden Mittelmeinung heute im wesentlichen entspricht. Daß das politische Motiv überwiegend nicht als besonders niedrig empfunden wird, ergibt die oben auf Seite 34 wiedergegebene Umfrage des Allensbacher Instituts, wonach sich nur 32 % der Befragten für die Todesstrafe beim politischen Mord aussprachen gegenüber 84 % beim Raubmord. Es ist wahrscheinlich, daß die Befragten wohl weniger die Fälle im Auge hatten, die Radbruch als Mord aus niedrigen Motiven ansehen möchte.

Die Rechtsprechung zu dieser Fallgruppe ist verhältnismäßig umfangreich. Allerdings stammt sie ausschließlich aus der Zeit nach diesem Kriege.

Anm. 3: SJZ 1948/S. 141; auch Jagusch SJZ 1949/325

Anm. 4: SJZ 1947/ 530 ff

Anm. 5: SJZ 1948 / 311

Anm. 5a: Etwa LK 1958 § 211 II 1

In der Weimarer Zeit oblag die Judikatur in politischen Mordfällen jedenfalls teilweise dem Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik, der dem Reichsgericht angegliedert war und dessen Entscheidungen nicht veröffentlicht sind. Auch mußten wegen des alleinigen mordqualifizierenden Merkmals der Überlegung politische Tötungen bis zur Änderung des § 211 als Mord angesehen werden, sofern man nicht versuchte, als Merkmal der Überlegung im Einzelfall zu leugnen.

Die Nachkriegsjudikatur, welche die Verurteilung wegen Mordes auf das Merkmal der niedrigen Beweggründe gestützt hat, betraf ausnahmslos sog. NS-Unrecht. So haben das politische Motiv als niedrig, weil auf hemmungslosem Machtstreben beruhend etwa angesehen; OLG Frankfurt SJZ 47/629 (das Gericht will jedoch die besondere Situation des Handelnden, das "politische Klima" mitberücksichtigen.); KG JR 47 / 27 und 311, BGH 2/173 (Mitwirkung als Vertreter der Anklage in einem zum Schein durchgeführten Standgerichtsverfahren gegen den Admiral Canaris). Nach OGH 1/98 scheiden niedrige Beweggründe aus, wenn der Täter durch die Interessen der Allgemeinheit bestimmt werde, auch wenn er sie falsch gesehen und beurteilt habe. (Ein Parteifunktionär hatte kurz vor dem Zusammenbruch einen "Kapitulanten" erschossen, der selbst Parteifunktionär war). Nach OGH 1/321 können auch politische Beweggründe niedrig sein und zwar dann, wenn sie beim unvoreingenommenen Betrachter das Gefühl der Verachtung hervorrufen.

Man wird wohl sagen können, daß sich die Rechtsprechung insoweit im Einklang mit der sozialen Wertung befand, die oben als herrschend bezeichnet wurde. Immerhin wird man sich bewußt sein müssen, daß kaum eine Tötung aus politischen Motiven nur auf hemmungslosem Machtstreben beruht. Der Handelnde wird meist davon überzeugt sein, daß sein Programm allein für die Gesamtheit von Nutzen sei. Ob die Rechtsprechung dem etwa im Fall Canaris und mehreren anderen Fällen genügend Rechnung getragen hat, bleibe dahingestellt. Die wohl überwiegende soziale Wertung dürfte in derartigen Fällen kaum Tötung aus niedrigen Motiven annehmen.

Die dritte und letzte Fallgruppe der politischen Tötungen - die Tötung anderer als politischer Gegner aus politischen Gründen - dürfte wohl einheitlich dahin beurteilt werden, daß hier eine Tötung aus niedrigen Motiven vorliegt. Anstößig erscheint vor allem, daß hier ein politischer Zweck mit Mitteln verfolgt wird, die noch weit weniger als die Tötung des politischen Gegners angemessen erscheinen; Die Tötung eines Unbeteiligten wird entweder als Demonstration der oppositionellen Gesinnung oder als Druckmittel verwendet. Terrorakte dieser Art sind sicherlich niemals anders als auf niedrigster sittlicher Stufe stehend beurteilt worden.

B. Tötungen unter dem Einfluß einer politischen Situation:

Die Fälle der politischen Tötung gehen allmählich über in eine andere Gruppe von Fällen, in denen nicht mehr eigentlich das politische Motiv entscheidend ist sondern andere Beweggründe mannigfacher Art, wo die Tat aber ohne eine bestimmte politische Situation und Haltung der öffentlichen Gewalt niemals verübt worden wäre. So werden die Ausführenden bei der Tötung politischer Gegner häufig nicht aus eigentlich politischen Motiven gehandelt haben. Es gehören hierher auch die ungeheuer zahlreichen Fälle der Tötung von Juden, KZ-Häftlingen und Kriegsgefangenen sowie Kriegsgreuel in den besetzten Gebieten.

Die Rechtsprechung hat diese Gruppe von den eigentlich politischen Taten immer wieder unterschieden. So hat OGH 2/179 in einem Urteil über einen Angeklagten der an der Tötung von Juden beteiligt war, ausgesprochen: Der Angeklagte habe gewußt, daß schuldlose Menschen ohne jeden verständlichen Grund nur wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer Rasse oder religiösen Gemeinschaft entgegen den einfachsten sittlichen Grundanschauungen aller Kulturvölker getötet würden und habe daher aus niedrigen Beweggründen gehandelt. Der Sachverhalt unterscheide sich deutlich vom üblichen Erscheinungsbild der Tötung aus politischen Motiven. Bei ihm werde der Täter seinem Opfer regelmäßig eine bestimmte von ihm mißbilligte politische Haltung zum Vorwurf machen, während hier Menschen allein um ihres Daseins willen getötet worden seien. Ähnlich OGH 2/352, auch BGH 3/271.

Es unterliegt eigentlich keinem Zweifel, daß die ganz überwiegende Wertung die Haltung der Rechtsprechung teilt und Motive, wie sie hier wirksam waren, als niedrig empfindet. Immerhin gibt es bei dieser Fallgruppe eine Reihe von Tötungen bei denen trotz an sich niedrigem Motiv wegen des stark bestimmenden Einflusses der Situation die Schuld wesentlich vermindert erscheint. Für jemanden, der nicht an führender Stelle sondern mehr als Ausführungsorgan tätig war, mußte durch die offene und stillschweigende Duldung entsprechender Handlungen durch die Staatsgewalt das sittliche und rechtliche Empfinden mehr und mehr in Verwirrung geraten. Hier kann, wo nicht ein Fall reiner Grausamkeit und sadistischer Freude am Töten vorliegt, gelegentlich die absolute Strafdrohung für Mord als zu hoch erscheinen. Es mag nicht zuletzt ein Gefühl für die Situationsgebundenheit vieler solcher Taten für das Ergebnis der im folgenden mitgeteilten Umfrage des Allensbacher Instituts aus dem Jahre 1958 mitursächlich gewesen sein:

Frage: "Es unterhalten sich zwei Männer darüber, ob man heute noch Prozesse führen sollte wegen Verbrechen, die in oder vor dem Kriege begangen wurden. Wem von beiden würden Sie zustimmen, dem Oberen oder dem Unteren?"

Der Obere:

"Ich finde, wenn heute herauskommt, daß jemand damals ein Verbrechen begangen hat, so muß er auch heute noch dafür bestraft werden. Es ist nicht einzusehen, warum jemand, der einen Menschen gequält oder getötet hat, straffrei ausgehen soll."

Zustimmend 55 %

Der Untere:

"Ich finde, man sollte einmal damit aufhören, Menschen für Taten, die sie vor Jahren begangen haben, jetzt vor Gericht zu stellen. Ich meine, es wäre gut, endlich einen Schlußstrich unter die Vergangenheit zu ziehen."

Zustimmend 33 %

Unentschieden 12 %

100 %

(Man wird freilich nicht verkennen dürfen, daß das Ergebnis durch das Bewußtsein der Situationsgebundenheit allein nicht erklärt werden kann. Es wird daneben wohl mindestens ebenso stark durch den Verjährungsgedanken wie durch ein Gefühl der Müdigkeit bestimmt, sich immer wieder mit der deutschen Vergangenheit auseinandersetzen zu müssen). Die Rechtsprechung hat die Situationsgebundenheit bei der Frage der Subsumtion unter § 211 oder § 212 in der Regel nicht beachtet, insbesondere nicht auf dem Wege über eine differenzierende Auslegung des Merkmals der niedrigen Beweggründe.^{5b}

C. Die Tötung auf Grund rechtswidrigen Befehls:

Das Handeln auf Grund rechtswidrigen Befehls gehörte zu den immer wieder behandelten Problemen der strafrechtlichen Rechtfertigungslehre schon lange vor 1945 aber auch wieder in starkem Maße in der Gegenwart. Dabei hat man schon früher im Anschluß an § 47 / Abs. 2 des Militärstrafgesetzbuches von 1872 die Fälle unterschieden, in denen die Rechtswidrigkeit des Befehls für den handelnden Befehlsempfänger erkennbar war und jene anderen Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich zutage trat. Die erste Fallgruppe war durch das Gesetz, das die Widerrechtlichkeit des Handelns klar aussprach, der Diskussion entzogen. Dafür entbrannte diese um so lebhafter zu der Frage, ob der rechtswidrige Befehl dann rechtfertigend wirke, wenn

Anm. 5 b: Die Rechtsprechung hat diese Situationsgebundenheit weder für die Einstufung einer Tat als Mord oder Totschlag noch als Rechtfertigungsgrund für erheblich gehalten. OGH 1/321 führt aus: "Der Umstand, daß der Anstoß zu ihren Taten, zu denen sie sonst zweifellos nicht gekommen wären, vom Staate her kam, entlastet für sich allein nicht, zumal er auch für viele andere Taten zutrifft."

seine Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich war. Stratenwerth⁶ hat in seiner 1958 erschienenen umfangreichen Untersuchung über den rechtswidrigen Befehl festgestellt, daß früher in der Rechtswissenschaft die Ansicht vorgeherrscht habe, daß auch in einem solchen Befehl ein Rechtfertigungsgrund zu sehen sei, während heute die überwiegende Zahl der Autoren eine rechtfertigende Wirkung für ausgeschlossen halte. Einen Überblick über den Stand der umfangreichen Literatur gibt er auf Seite 4 und 5.

Stratenwerth scheint die rechtliche Problematik des Handelns auf Grund rechtswidrigen Befehls vor allem in zwei Punkten zu wurzeln: Einmal in der Notwendigkeit, näher zu bestimmen, wann die Rechtswidrigkeit eines Befehls offensichtlich sei, zum anderen aber in der rechten Vornahme einer Güter- und Pflichtenabwägung. Das Wissen darum, daß es sich um einen Kollisionsfall handle sei alt.⁷ Die rechtfertigende Wirkung des rechtswidrigen Befehls hänge davon ab, ob die Pflicht zum Handeln schwerer wiege als die durch die allgemeinen Gesetze auferlegten Verhaltenspflichten.

Stratenwerth selbst kommt im Anschluß an § 7 des Deutschen Beamtengesetzes und § 47 des Militärstrafgesetzbuches zu dem Schluß, daß verbindliche Hoheitsakte der vollziehenden Gewalt und verbindliche Dienstbefehle nur insoweit einen Rechtfertigungsgrund darstellen könnten, als die Gehorsamspflicht den strafrechtlichen Pflichten im Range vorgehe. Dies sei bei Verwaltungsakten und Dienstbefehlen des Beamten niemals, bei Dienstbefehlen an einen Soldaten nur hinsichtlich Übertretungen der Fall. Darüber hinaus will Stratenwerth allenfalls einen Strafausschließungsgrund annehmen.

Wie überall umfaßt die Güterabwägung auch hier einen Akt der Wertung, der durch die positivrechtliche Regelung nicht abschließend vorgezeichnet ist, mag diese dem Beurteiler auch wertvolle Anhaltspunkte bieten. Man wird vielmehr sagen können, daß sich die Güter und Pflichtenabwägung nur mit Hilfe sittlicher bzw. kultureller Wertungen durchführen läßt. Nach den Literaturnachweisen Stratenwerths kann man wohl den Schluß ziehen, daß in der Rechtswissenschaft früher die Gehorsamspflicht weit höher bewertet wurde, als dies heute der Fall ist, und daß diese Höherbewertung der Grund war, weshalb früher der rechtswidrige Befehl in weit stärkerem Umfang als Rechtfertigungsgrund verstanden wurde als heute. Es handelt sich dabei um eine Erscheinung, deren enger Zusammenhang mit dem durch die Erfahrung eines Unrechtsstaates bedingten Vertrauensschwund gegenüber dem Staat nicht übersehen werden kann. Weitere Ursachen für den Wertungswandel sind in dem unter dem Eindruck des Zeitgeschehens stark gewachsenen Bewußtsein begründet, daß der Rechtsstaats-

Anm. 6: Verantwortung und Gehorsam 1958

Anm. 7: Ähnlich Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung S. 51 ff

idee und damit dem Interesse des Einzelnen wie der Allgemeinheit am besten gedient ist, wenn die Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen möglichst erhalten bleibt.

Wieweit dem Wandel der Wertungen innerhalb der Juristenschaft ein Wandel der Wertungen auch in der Allgemeinheit entspricht, wird sich nur schwer sagen lassen. Eine echte *communis opinio* über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung auf Grund rechtswidrigen Befehls hat sich bis heute wohl noch niemals gebildet.

Es kann nur vermutet werden, daß in breiten Schichten die Wertungen ähnlich liegen, wie dies im juristischen Schrifttum zum Ausdruck kommt. Hier eine Darstellung geben zu wollen, hieße eine Analyse des heutigen Staatsdenkens und Staatsgefühls versuchen.

Wird man nach dem Gesagten jedenfalls vermuten können, daß ein Großteil die Rechtmäßigkeit von Handlungen auf Grund rechtswidrigen Befehls verneint, so durfte doch die Strafwürdigkeit des auf Befehl Handelnden nicht in gleichem Maße angenommen werden. Dies zeigt sich im juristischen Schrifttum in der Annahme von Schuld ausschließungsgründen, ist aber wohl ganz allgemein der Fall. Ja sehr wahrscheinlich gibt es darüber hinaus auch eine starke soziale Wertung, die Tötungen auch dann milder beurteilt, wenn sie auf Grund eines offensichtlich rechtswidrigen Befehls vorgenommen wurden, sofern nur der Handelnde auf den Befehl nicht gern und willig eingegangen ist (und zwar nicht nur bei einer ausgesprochenen Notstandslage).

Die Rechtsprechung:

Die Rechtsprechung hat auch früher und nicht nur beim offensichtlich rechtswidrigen Befehl die Auffassung vertreten, daß der rechtswidrige Befehl jedenfalls bei Vergehen und Verbrechen nicht rechtfertigend wirke. So die von Stratenwerth zitierten Urteile RG 6/432; 71/284; BGH NJW 53/513. Man wird sagen müssen, daß dies jedenfalls der heute geltenden überwiegenden Wertung entspricht. Ähnlich auch die Urteile OLG Freiburg HEST 2/365, BGH JZ 51/225, wobei hier freilich ebenso wie in den vorgenannten Entscheidungen eine unmittelbare Bezugnahme auf die sozialen Wertungen fehlt und die Lösung durch eine Interpretation der §§ 47 / Abs. 2 MStGB und 7 DBG gewonnen wird.

Als unbeachtlich weil offensichtlich rechtswidrig hat der OGH BrZ in den Entscheidungen 1/321 und 2/117 den Euthanasiebefehl Hitlers bezeichnet und ihm damit rechtfertigende Wirkung abgesprochen. Der Erlaß wurde auch nicht als hinreichender Grund für die Annahme eines Strafausschließungsgrundes angesehen.

OGH 2/269 hat ausgesprochen, daß die strafrechtliche Verantwortung entfalle, wenn die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht offensichtlich gewesen sei. Das Gericht wollte damit wohl zum Ausdruck bringen, daß die Schuld des Täters entfalle, nicht aber, daß sein Tun als gerechtfertigt zu betrachten sei. BGH 3/271 hat bei der Aburteilung von Gestapobeamten, die an der Ausführung eines rechtswidrigen Geheimerlasses des Rechtssicherheitshauptamtes beteiligt waren, einen vermeidbaren Verbotsirrtum der Angeklagten angenommen. Die Beamten hatten geglaubt, ihr Tun sei durch den Befehl gerechtfertigt. Das Gericht hat damit nicht nur die frühere Rechtsprechung bestätigt, wonach ein offensichtlich rechtswidriger Befehl keine rechtfertigende Wirkung hat, sondern hat auch die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums auf die klare sittliche Wertung innerhalb der Rechtsgemeinschaft gegründet, deren Kenntnis den Angeklagten das Unrechtmäßige ihres Tuns habe zeigen müssen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine ständige Rechtsprechung im Einklang mit der herrschenden sozialen Wertung das Unrechtmäßige einer Tötung auf Grund offensichtlich rechtswidrigen Befehls betont hat. Fälle der Tötung, in denen nach Ansicht der Gerichte die Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich war, sind soweit erkennbar stets nur unter dem Gesichtspunkt des Verbotsirrtums abgehandelt worden, während ein Strafausschließungsgrund nicht angenommen wurde. Dabei ist der Verbotsirrtum nur ausnahmsweise als unvermeidbar angesehen worden. (Tolsdorf-Prozeß im Hinblick auf den Durchhalteerlaß) Meist wurde die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums auf die dem Angeklagten erkennbare sichere kulturelle Wertung in den betreffenden Fragen gestützt. Einen Strafausschließungsgrund bei offensichtlich rechtswidrigem Befehl haben die Gerichte nur bei Vorliegen einer Notstandslage angenommen.

§ 3

Kindstötung und Perföration des in der Geburt befindlichen Kindes aus medizinischer Indikation:

Die Kindstötung

Wenn das Strafgesetzbuch von 1871 die Kindstötung milder bestrafte, wenn sie von der unehelichen Mutter gleich nach der Geburt begangen wurde, so bedeutete dies einen endgültigen Bruch mit der früheren mittelalterlichen Überzeugung. Diese ging dahin, daß die Kindstötung sogar einen erschwerten Fall der vorsätzlichen Tötung darstelle, weil die Mutter dem natürlichen Trieb zuwiderhandele. In der Folge haben alle Reformentwürfe einen Sondertatbestand für Kindstötung vorgesehen, mit Ausnahme lediglich des Gürtnerischen Entwurfs, der überhaupt eine Streichung der Sondertatbestände im Tötungsrecht

anstrebte.⁸ Die stets wiederkehrende Motivation für einen Sondertatbestand lautete seit 1871 dahin, daß der besonderen Lage der unehelichen Mutter, deren Verzweiflung durch die uneheliche Geburt durch die Geburtserregung regelmäßig noch verstärkt werde, Rechnung getragen werden solle.

Gelegentlich in juristischen Kreisen erhobene Forderungen, auch die Kindstötung durch die eheliche Mutter milder zu bestrafen, haben in die Entwürfe keinen Eingang gefunden⁹ und zwar wohl deshalb, weil man sich darüber im Klaren war, daß damit eine Minderbewertung kindlichen Lebens zum Ausdruck gebracht worden wäre. Diese Forderungen, wie auch der Umstand, daß das übliche Strafmaß bei Kindstötung eine Tendenz zur unteren Grenze des Strafrahmens des § 217 hin aufweist,¹⁰ legen aber den Schluß nahe, daß bei einer jedenfalls nicht unbeträchtlichen Minderheit in der Juristenschaft und der Allgemeinheit neben den genannten Motiven für eine Strafmilderung auch noch andere Überlegungen wirksam sind: So der Gedanke, daß der Mutter ein gewisses Verfügungsrecht über ihr Kind zustehe zusammen mit einer Abschwächung des Gefühls dafür, daß es sich bei dem neugeborenen Kinde bereits um einen vollen Menschen mit allen Ansprüchen und Rechten eines solchen handele.¹¹ Auch die Umfrage des Allensbacher Instituts, die oben auf Seite 34 abgedruckt wurde, spricht dafür. Schließlich wird man annehmen müssen, daß die weithin milde Bewertung der Abtreibung, von der noch die Rede sein wird, auch Auswirkungen auf die Bewertung der Kindstötung hat. Mag auch die überwiegende Wertung in der Kindstötung die echte Tötung eines Menschen sehen, die durch ihre Widernatürlichkeit nur umso schlimmer wird, so haben doch die oben genannten Gedanken und Einflüsse für die

Anm. 8: E 1919 § 285; E 1925 § 225; E 1960 § 136

Anm. 9: So etwa Aschrot-Kohlrausch, Die Reform des Strafrechts zu § 225 des E 1925: Der Zustand der Gebärenden sei geeignet, allen Motiven eine überwertige Bedeutung zu geben. Nicht nur der Ehrennotstand der unehelichen Mutter sondern etwa auch der wirtschaftliche der ehelichen verlange Anerkennung. Außerdem empfehle es sich, angesichts der kaum erkennbaren Grenze, die Fruchttötung und Mensehentötung voneinander trennten, die Fruchttötung nicht unmittelbar an die gemeine Mensehentötung angrenzen zu lassen, sondern einen Übergangstatbestand einzuschalten.

Anm. 10: Vgl. H. Gümmersbach, Kindesmord und Kindestotschlag. Ein Beitrag zur Psychologie der Kindestötung, Monsch Krim Bd. LIV 1935, S. 232

Anm. 11: Auch hier handelt es sich wohl ebenso wie bei der Geisteskrankentötung um einen Anschauungsmangel. Ähnlich vertritt Mayer-Allfeld, LB 7. Aufl. S. 384 die Ansicht, es sei bei der Mutter oftmals das Bewußtsein noch nicht voll entwickelt, daß es sich bei dem in der Geburt befindlichen Kind bereits um ein selbständiges Lebewesen handele.

Rechtsprechung immer mehr die Aufgabe entstehen lassen, die Grenzen des Tötungsstrafrechts klarer zu bestimmen und zugleich eine innere Rechtfertigung für die Strafdrohung des § 216 zu geben. Während die frühere Rechtsprechung noch recht unergiebig ist und sich wie etwa RG 62/199 in der Hauptsache mit dem Problem der Kindstötung durch Unterlassen befaßt, sind aus neuerer Zeit zwei wichtige Entscheidungen zu nennen:

BGH 1/235 hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob in den Fällen des § 217 über § 213 eine weitere Strafmilderung möglich, oder aber deshalb nicht angängig sei, weil § 217 einen Sondertatbestand darstelle. Ob die Schlüsse des BGH und seine Sicht des Aufbaus der Tötungstatbestände wirklich richtig und allein vertretbar sind, soll hiernicht zur Debatte stehen. Wichtig ist aber in diesem Zusammenhang, was er über den Sinngehalt des § 217 sagt. Der Gesetzgeber habe, so führt das Gericht aus, mit dem Suafrahmen für Kindestötung zu erkennen gegeben, daß er die Tat bei aller Anerkennung von Milderungsgründen nicht als eine leichtere Straftat ansehe. Sie sei und bleibe echtes Tötungsdelikt, das nicht mit einer geringfügigen Gefängnisstrafe zu ahnden sei. Erschwerend gegenüber der durchschnittlichen vorsätzlichen Tötung wiege sogar, daß die Mutter ihr vom Sittengesetz auferlegte Fürsorgepflichten verletze. Dies rechtfertige es, § 217 als Sondertatbestand anzusehen und deshalb eine Strafmilderung über § 213 auszuschließen.

In der Entscheidung BGH 10/291 wird ausgesprochen, daß auch die nicht lebensfähige Frühgeburt Objekt eines Tötungsverbrechens sein könne, sofern sie nur überhaupt kurze Zeit unabhängig vom mütterlichen Organismus fortzuleben im Stande sei. Es ist damit die schon ältere Grenzziehung zwischen Tötungsdelikten und Abtreibung, wie sie etwa in RG 26/178¹² vorgenommen worden war, bestätigt und konsequent durchführt worden: Das Einsetzen der Wehen läßt die Leibesfrucht unabhängig von ihrer Lebensfähigkeit zum Menschen im Sinne des Strafgesetzbuches werden, sofern sie nur zu diesem Zeitpunkt tatsächlich lebt. Eine neueste Entscheidung BGH 13/21 nimmt an, daß ein Tötungsverbrechen jedenfalls dort möglich ist, wo ein bereits lebensfähiges Kind vorzeitig geboren werde.

Die genannten Urteile, deren gemeinsame Tendenz dahin geht, eine Aufweichung des Tötungsstrafrechts zu verhindern, entsprechen der überwiegenden sozialen Wertung, wie sie oben dargestellt wurde.

Die Perforation: Es handelt sich hier um die Fälle, in denen beim Geburtsvorgang die Mutter vor dem Verlust des Lebens oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung nur dadurch bewahrt werden kann, daß das Kind getötet wird. Die Bewertung eines solchen Verfahrens ist historisch und sachlich eng

Ann. 12: So im wesentlichen bereits die Entscheidung RG 1/446.

mit der heute weit häufiger auftretenden Frage nach der Erlaubtheit der Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation verknüpft. Die materiellen Wertungen pflegen hier stets parallel zu laufen, wie allein schon ein Blick auf die modernen Reformbestrebungen zeigt. Wo immer hier ein Sondertatbestand für die Rechtfertigung der medizinisch-indizierten Schwangerschaftsunterbrechung vorgeschlagen wurde, sollte auch die Perforation unter den gleichen Voraussetzungen gestattet werden.¹³ Der Stand der Wertungen zur Frage der Perforation soll daher nicht gesondert dargestellt werden. Es sei vielmehr auf die späteren Ausführungen im dritten Abschnitt verwiesen. - In der juristischen Literatur ist vielfach die Auffassung vertreten worden, die Perforation könne nach der Aufhebung des § 14 ErbGG, der die Perforation ebenso wie die medizinisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung legalisiert hatte, mit Hilfe des Satzes vom übergesetzlichen Notstand gerechtfertigt werden.¹⁴ Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß eine Verschiedenbehandlung beider Fälle unbillig erschien. Wenig Beachtung wurde dabei aber um des Ergebnisses willen einer Schwierigkeit geschenkt, der hier die Vornahme einer Güterabwägung begegnet. Bei der Mutter wie bei dem Kinde nämlich ist menschliches Leben im Sinne des Strafgesetzbuches vorhanden und damit ein Wertunterschied zwischen mütterlichem und kindlichem Leben kaum begründbar.

Die Rechtsprechung zur Frage der Perforation ist sehr gering. Fälle dieser Art dürften, sofern sie überhaupt bekannt wurden, in aller Regel nicht angeklagt worden sein. Zu nennen ist nur RG 1/446, wo ein Arzt wegen fahrlässiger Tötung bestraft wurde, der eine Perforation aus medizinischer Indikation vorgenommen hatte. Dabei war offenbar nicht völlig aufzuklären, ob der Arzt das Kind nicht für bereits tot gehalten habe. Über die Fragen der Rechtfertigung einer wirklich medizinisch indizierten Perforation besagt die Entscheidung nichts. Das bekannte Urteil RG 61/242 zur medizinisch indizierten

Anm. 13: Der Vorentwurf 1909 steht auf dem Standpunkt, daß die Straflosigkeit der Perforation sich aus allgemeinen Grundsätzen ergebe. E 1919 will die mit Einwilligung der Frau vorgenommene Perforation als Nothilfe nach § 22/III aufgefaßt wissen. In § 288 wird die ohne Einwilligung vorgenommene Perforation als eigenmächtige Heilbehandlung bestraft. E 1925 bringt ebenfalls keinen Sondertatbestand, die Begründung vertritt jedoch die Ansicht, daß die Notstandsregelung in § 22 auch die Straffreistellung der Perforation ermögliche. Anders der Entwurf 1927, der in einer besonderen Bestimmung, § 254 des Entwurfs, die Perforation ebenso wie die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation aus dem Bereich des Strafbaren ausscheidet. Ebenso der Entwurf 1960 § 157.

Anm. 14: So etwa Eb. Schmidt bei Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin S. 18; Schaefer LK 1958 § 212/III; Schönke-Schröder 1961 § 218 Anm. VI 1 a; A. A. H. Waider, Die Rechtswidrigkeit, 4; S. 359 ff, 456 ff.

ten Schwangerschaftsunterbrechung behandelt die Perforation nicht. Wenn im Leipziger Kommentar¹⁵ von einem un veröffentlichten Urteil des 5. Strafsenats des Reichsgerichts aus dem Jahre 1923 berichtet wird, so wird doch nicht gleichzeitig auch mitgeteilt, welche Begründung das zitierte Urteil für die Annahme der Straflosigkeit der Perforation gibt. Nach der Rechtsprechung zur medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung zu dieser Zeit ist anzunehmen, daß die Rechtfertigung der Handlung auch in der Person des beteiligten Arztes über eine entsprechende Anwendung des § 54 StGB versucht wurde, dessen Natur als Entschuldigungsgrund damals noch nicht endgültig geklärt war.

Anm. 15: LK 4. Aufl. (1929) § 211 Anm. 5

3. Kapitel

Zusammenfassung:

Fragt man nun abschließend noch einmal nach dem Einfluß sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten, so ergibt sich das folgende Bild:

1. Die sozialen Wertungen haben eine bedeutsame Rolle gespielt für die Abgrenzung der beiden hauptsächlichen Tötungstatbestände in § 211 und § 212. Dabei hat sich aber die Verwendung sozialer Wertungen als Auslegungsbehelf im allgemeinen auf ihre Zuhilfenahme bei der Interpretation der normativen Merkmale in § 211 beschränkt. Auch hier hat aber die Rechtsprechung nur in wenigen Entscheidungen offen auf die sozialen Wertungen bzw. den allgemeinen Sprachgebrauch abgestellt.
2. Ein verdeckter Einfluß sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung hat sich immer wieder bei der Aufstellung gesinnungsmäßiger und täterschaftlicher Erfordernisse auch in der neueren Rechtsprechung zu § 211 gezeigt.
3. Offen auf die sozialen Wertungen Bezug genommen hat die Rechtsprechung in den vor allem nach diesem Kriege häufigen Entscheidungen zum Verbotsirrtum insbesondere in Zusammenhang mit sog. NS-Unrecht. Hier diente die Bezugnahme auf die fundamentalen sittlichen und kulturellen Anschauungen der Begründung des Unrechtsbewußtseins bzw. dem Nachweis der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums.
4. Die Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten hat niemals, wie dies etwa durch RG 61/242 für die Abtreibung geschehen ist, eine Rechtslücke auf Grund Wertungswandels angenommen. Die beiden Fälle, in denen am ehesten Anlaß hierzu bestanden hätte, nämlich Euthanasie und Perforation, waren kaum je Gegenstand der Rechtsprechung. Auch dürfte sich nur bei der Perforation eine positive Mehrheitswertung gebildet haben.

II. Abschnitt

DIE ABTREIBUNG

1. Kapitel

Einführung

An keiner Frage des Strafrechts, ausgenommen wohl der nach der Berechtigung der Todesstrafe, hat die **Allgemeinheit** so lebhaft **Anteil** genommen wie an der Auseinandersetzung um § 218 StGB. Die Gründe hierfür wie für eine teilweise starke Verschiebung im Stand der sozialen Wertungen, sind vielfältiger **Art** und teils innerer, teils äußerer Natur. Die inneren Ursachen sind schwerer als die äußeren zu benennen und in ihrer Tragweite abzuschätzen, da bei näherem Zusehen die Bewertung der **Abtreibung** als **Ausfluß** allgemeiner weltanschaulicher Überzeugungen und sittlicher Haltungen erscheint, deren richtige Darstellung zu einer Ideengeschichte der Neuzeit werden müßte. Wenn im folgenden der Versuch gemacht wird, den Stand der sozialen Wertungen zu schildern, so kann auf die allgemeinen geistesgeschichtlichen Zusammenhänge nur in sehr beschränktem Maße eingegangen werden. Nie jedoch darf außer **Acht** bleiben, wie tief die Wurzeln der Wertungen hinabreichen. Eine kurze, sehr bruchstückhafte Orientierung soll hier einleitend versucht werden: Die Zunahme einer milderer ja positiven Bewertung der **Abtreibung** seit dem Bestehen des Strafgesetzbuches ist wesentlich zurückzuführen auf die schwindende Kraft "heteronomer" Begründungen für das Verbot, sei es aus der **Autorität** der Kirchen, sei es aus einem allgemeinen bevölkerungspolitischen Interesse des Staates. Das immer wiederkehrende Schlagwort vom Selbstbestimmungsrecht der Frau über den eigenen Körper ist nur zu verstehen auf dem Hintergrund eines zunehmend autonomistischen, liberalistischen und individualistischen Denkens, dessen **Anfänge** freilich weit früher liegen als im Jahre 1871 und jedenfalls bis in die **Aufklärungszeit**, ja bis zur Renaissance zurückreichen.¹ Dies alles würde jedoch nicht ausgereicht haben, einen echten Wertungswandel zu begründen, wenn nicht die moderne Naturwissenschaft, insbesondere die theoretische Biologie, **Argumente** dafür geliefert hätte, daß es sich beim Embryo noch nicht um einen Träger menschlichen Lebens handle und wenn nicht das allgemeine Interesse an Bevölkerungsplanung und Bevölkerungspolitik erwacht wäre.^{2, 2a, 3} Erst mit dem weithin erfolgten Verlust des Bewußtseins,

Anm. 1: Die schwindende Möglichkeit, das Verbot der **Abtreibung** mit dem Hinweis auf die Leihgewalt der Kirchen zu begründen, ergibt sich in aller Deutlichkeit aus der Entfremdung weitester Kreise von ihren kirchlichen Gemeinschaften.

Anm. 2: So durch die insbesondere durch Darwin und Haeckel ausgebildete Richtung in der Biologie, die in der Entwicklung des menschlichen Keimes eine Wiederholung der Entwicklung der **Arten** sieht, ein übergreifendes Formprinzip,

daß es sich bei der **Abtreibung** um die Tötung eines Menschen handele, war der Weg frei für eine **Auffassung** der Schwangerschaftsunterbrechung als Maßnahme der Geburtenbeschränkung.⁴ und ihres Verbotes als einer Einschränkung des Selbstbestimmungsrechtes der Frau. Erst jetzt konnte die Bestrafung der **Abtreibung** als unsozial und vor allem die ärmeren Schichten treffend abgelehnt werden.⁵

Weniger schwer ist es, den Nachweis verschiedener äußerer Einflüsse auf die Bewertung der **Abtreibung** zu erbringen. Von großem Einfluß dürfte zunächst die Industrialisierung und die damit verbundene Loslösung weitester Bevölkerungskreise aus ihren alten Bindungen gewesen sein, zusammen mit dem wirtschaftlichen Notstand großer Teile der **Arbeiterschaft**, der erst jetzt mehr und mehr fühlbar wurde.⁶

das auch den unteren Entwicklungsstufen die Qualität der Endstufe mitteilt, aber leugnet. (Näheres unten Seite 73)

Anm. 2a: Zu nennen sind insbesondere die bevölkerungsplanerischen Gedanken des Neumalthusianismus.

Anm. 3: Erst in der Medizin und Biologie der letzten Jahrzehnte zeichnet sich wieder eine andere **Auffassung** vom Wesen des Embryo ab. (Näheres siehe unten Seite 73 ff)

Anm. 4: Hier wie bei allen anderen ethischen Fragen wird man freilich im Auge behalten müssen, daß die Sachstruktur (hier die Natur des Embryo als menschliches oder untermenschliches Wesen) nicht nur die sittliche Wertung bestimmt, sondern auch die Erkenntnis der Sachstruktur durch das voluntative Element, welches der sittlichen Wertung innewohnt, beeinflußt werden kann. Gerade bei der **Abtreibung** dürfte dieser Effekt in großem Umfang Bedeutung besitzen.

Anm. 5: Vor allem aus diesem Grunde haben sich in den Reihen der sozialistischen Bewegung viele Befürworter einer Strafmilderung oder Straffreistellung der **Abtreibung** gefunden. Man muß sich aber auch des Umstandes bewußt sein, daß die Wurzeln der milderen Beurteilung der **Abtreibung** von sozialistischer Seite (die freilich keineswegs einheitlich und graduell differenziert ist) weit tiefer liegen und letztlich der geschichtlichen Verknüpfung des Sozialismus mit bestimmter weltanschaulichen Überzeugungen entspringen. Der Verfasser hält sich nicht für kompetent, eine Ideengeschichte des Sozialismus zu bieten, sei es auch nur unter dem **Aspekt** dieses Themas. Er glaubt jedoch sagen zu können, daß das Rechtsdenken auf diesem Gebiete überwiegend individualistisch und antitraditionalistisch war.

Anm. 6: Dies, wie die immer stärker werdende Eingliederung der Frau in den Arbeitsprozeß außer Haus müssen als die hauptsächlichlichen äußeren Ursachen für die **Ausbreitung** des Gedankens der Geburtenkontrolle angesehen werden, wenn man hierzu noch die Erhöhung der Lebenshaltungskosten und des Lebensstandards rechnet und die Verknappung des Wohnraums berücksichtigt.

Zum anderen waren es die Kriege und Nachkriegszeiten dieses Jahrhunderts, Weltwirtschaftskrise und Arbeitslosigkeit, welche die Tendenz zur Kleinhaltung der Familie förderten und den wirtschaftlichen Aspekt der Abtreibung mehr in den Vordergrund rücken ließen, während gleichzeitig das überkommene Ordnungsgefüge und die überlieferten sittlichen Vorstellungen erschüttert und zweifelhaft wurden. Insbesondere das Ende des ersten Weltkrieges muß weiterhin auch als Zusammenbruch der sittlichen Ordnung erlebt worden sein.

Schließlich ist bei den äußeren Einflüssen auf die Bewertung der Abtreibung ein Umstand zu nennen, der die Auffassung der Abtreibung als besondere Art der Geburtenbeschränkung sehr gefordert hat: Der Fortschritt der Medizin, der die Gefahren des Eingriffes für Leben und Gesundheit der Schwangeren wesentlich vermindert hat, auch wenn sehr stark umstritten ist, bis zu welchem Grade dies zutrifft. Dabei waren es weniger Erfindungen auf dem Gebiet der eigentlichen operativen Technik,^{6a} die hier bedeutsam wurden, sondern vor allem die Ausbildung der aseptischen Arbeitsmethoden überhaupt.⁷

Anm. 6a: In der Vergangenheit hat sich sowohl eine Neigung gezeigt, die Gefahren des Eingriffes zu verharmlosen wie auch zu überheben. Für die heutige ärztliche Wissenschaft besteht insofern eine Möglichkeit zu objektiverem Urteil, als Unterlagen über Folgen und Gefahren der Schwangerschaftsunterbrechung aus Rußland und Schweden vorliegen.

In Rußland war die Schwangerschaftsunterbrechung durch Ärzte in Kliniken erlaubt und wurde in großem Umfang geübt (bis 1936!). Auf dem 39. Deutschen Juristentag 1952 hat RA H. Ackermann in seinem Referat Unterlagen aus den Erfahrungen des staatlichen Instituts für Geburtshilfe und Gynäkologie in Leningrad mitgeteilt. Danach sollen durch künstliche Schwangerschaftsunterbrechung

- a. 35 % aller Frauen völlig unfruchtbar werden, die sich dem Eingriff unterziehen

- b. 20 % v. H. sich schwere chronische Erkrankungen zuziehen

- c. in 40 % aller bekanntgewordenen Fälle eine vorherige Schwangerschaftsunterbrechung Ursache der lebensgefährlichen Bauchhöhlenschwangerschaft gewesen sei.

Aus Schweden, wo die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer, eugenischer, ethischer und sozialer Indikation erlaubt ist, werden mitunter starke psychische Nachwirkungen gemeldet. Nach Ackermann haben bei einer Umfrage, die sich auf einige tausend Frauen erstreckte, weit mehr als die Hälfte zum Ausdruck gebracht, daß sie die Unterbrechung bereuten.

Anm. 7: Die Entwicklung dieser Methoden erfolgte in den letzten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts. - Es bedarf jedoch der Betonung, daß der Fortschritt der ärztlichen Technik nur ein Faktor ist, der für den Wandel der Wertungen Bedeutung erlangt hat. Er darf in seiner Bedeutung nicht überschätzt werden, denn die Abtreibung ist auch zuvor in nicht geringem Umfang geübt wor-

All diese inneren und äußeren Gründe haben die sittliche und rechtliche Erlaubtheit der Abtreibung zu einem lebhaft umstrittenen Problem werden lassen, dessen Aktualität sich allein schon aus der Zahl der Abtreibungsfälle ergibt.⁸ Der Darstellung der sozialen Wertungen und ihres Standes im Folgenden sei hier nur noch vorausgeschickt, daß dem Verfasser der Kulminationspunkt der Kritik an der Bestrafung der Abtreibung heute überschritten zu sein scheint. Er ist der Auffassung, daß sich im Anschluß an verschiedene Erkenntnisse der modernen Naturwissenschaft und unterstützt durch eine fortschreitende Konsolidierung des privaten und öffentlichen Lebens ein neues Verständnis der Abtreibungsbestrafung anbahnt, das dieses Delikt wiederum als Verbrechen gegen das Leben sieht. Innerhalb ist hier wohl im Bereich der Wissenschaft wie der Allgemeinheit zur Zeit noch nicht viel mehr zu verzeichnen als ein Anfang.

Unter dem besonderen Blickwinkel des Themas dieser Arbeit, die dem Einfluß sozialer Wertungen auf die Rechtsprechung nachgehen möchte, ist gerade die Abtreibung von besonderem Interesse, weil trotz starken Wandels der Wertungen der Gesetzgeber sich bis heute einer grundsätzlichen Umgestaltung der Strafbestimmungen enthalten hat. Wenn je irgendwo für die Rechtsprechung Anreiz oder Versuchung bestand, soziale Wertungen als Auslegungsbehelf, ja Rechtsquelle, zu verwenden, um mit ihrer Hilfe eine Judikatur praeter, ja contra legem, zu begründen, dann war dies hier.

den und wird noch heute wohl zum größeren Teil nicht in einer ärztlichen Praxis oder gar Klinik begangen.

Anm. 8: Die Zahlenangaben schwanken. Man wird für Westdeutschland wohl eine Zahl von ca. 400 000 jährlich annehmen müssen, wenn man die Dunkelziffer auf 1:100 schätzt. Schönke-Schröder 1961 § 218 VI. (Etwa 4500 Verurteilungen jährlich). Neue Unterlagen sind schwer zu erhalten: So wird die Schrift: Wehner, Die Latenz der Straftagen, Schriftenreihe des Bundeskriminalamtes 1957 nicht zur Benutzung freigegeben (Staatsbibliothek).

Etwas zu hoch dürfte es gegriffen sein, wenn im Staatslexikon der Görresgesellschaft, Stichwort Abtreibung, 6. Aufl. 1957 mitgeteilt wird, "man" nenne jährlich weit über 1 Million Fehlgeburten in der Bundesrepublik, von denen 90 - 95 % kriminell sein dürften. Ebenda werden auch verschiedene Schätzungen für die Vergangenheit angeführt: Für Hamburg 1925 Verhältnis Geburten zu Abtreibung = nach Schottelius 1 : 1, nach Nevermann 2 : 3; für Deutschland 1929 nach Taussig 16 % der Geburten. Bumin, ZStW Bd. XXXIII (1922) 182 schätzt die Zahl der künstlich herbeigeführten Aborte auf 90 %

2. Kapitel

Die Bewertung der Abtreibung im Regelfall

§ 1 Die materielle Bewertung der Abtreibung im Regelfall

A. Ein Studium der sozialen Wertungen zur Frage der Abtreibung ergibt, daß sie ganz wesentlich von den Vorstellungen über die Natur und Qualität embryonalen Lebens abhängen, die Vorstellungen vom Wert des betroffenen Gutes entscheidender Bestandteil jeder Beurteilung des Handlungswertes sind. Sie divergieren stark: Nach einer ersten Ansicht ist das embryonale Leben menschliches Leben, der Embryo Mensch und Person, wenngleich noch nicht Persönlichkeit, da hierzu die Möglichkeit selbständigen Handelns notwendig wäre. Nach der völlig entgegengesetzten Ansicht ist der Embryo nur ein Teil des mütterlichen Leibes, die Leibesfrucht, *pars viscerum*, wie es in den römischen Quellen heißt, kein eigenes Wesen mit eigenem Leben, eine Art Organ auf Zeit. Dazwischen steht die Auffassung von der Leibesfrucht als eines lebendigen und eigenen, jedoch unselbständigen Wesens, das sich vom Menschen jedoch in qualitativer Hinsicht unterscheidet, eine untere Entwicklungsstufe halbtierischer Art darstellt, ausgestattet lediglich mit der Aussicht, einmal Mensch zu werden.

Die Argumente, die in der wissenschaftlichen Welt für die eine oder andere Ansicht vorgebracht worden sind, sind sehr vielfältig. Mehrere naturwissenschaftliche und geisteswissenschaftliche Disziplinen haben Beiträge geleistet: Medizin, Biologie, Philosophie und Theologie. Einen guten und eingehenden Überblick über die verschiedenen Argumente gibt Heribert Waider¹ in seiner Dissertation über die Rechtswidrigkeit der medizinisch-indizierten Schwangerschaftsunterbrechung. Seine Untersuchung stellt insoweit ein bemerkenswertes Novum dar, als hier erstmals im juristischen Bereich der Gegenwart der Versuch unternommen wird, unter Zuhilfenahme der modernen naturwissenschaftlichen und philosophischen Erkenntnisse die Fundamente der Abtreibungsstrafung neu zu begründen.

Im folgenden sei nun in aller Kürze teils in Anlehnung an Waider, teils auch in unmittelbarem Anschluß an andere Quellen der Versuch unternommen, darzustellen, wozu der Beitrag der einzelnen Disziplinen zur Lösung der Frage nach dem Wesen embryonalen Lebens besteht und welche hauptsächlichen Argumente immer wieder auftauchen.

1. In der Medizin: Der Beitrag der medizinischen Wissenschaft besteht

Anm. 1: Waider, Die Rechtswidrigkeit des art. Abortes usw.

im Sammeln von Material darüber, inwieweit bereits der Embryo als Träger eigenen Lebens angesehen werden kann und ob der Zeitpunkt der Geburt eine so einschneidende Änderung der Seinsweise bedingt, daß sich hieraus einleuchtend ein Qualitätsunterschied zwischen embryonalem und extrauterinem Leben ergibt.

Waider glaubt sagen zu können, daß der Embryo in der heutigen Medizin nahezu allgemein als Träger eigenen Lebens angesehen werde, die Auffassung vom Embryo als bloßem pars viscerum der Schwangeren dagegen aufgegeben sei. Als Argumente für das Eigenleben des Embryo (der freilich zu einem selbständigen Leben während der ersten sieben Monate - etwa - noch nicht in der Lage sei) werde u. a. angeführt: Die befruchtete Eizelle sei durch Cytosoma und Zusammensetzung der Chromosomensätze vom väterlichen wie vom mütterlichen Organismus deutlich abgegrenzt und trage die nur ihm eigene besondere Entwicklungsgesetzlichkeit in sich. Der Embryo habe seinen eigenen, von der Mutter getrennten Blutkreislauf, eigene Temperatur, eigene Krankheiten, eigene Bewegungen. Intra- und extrauterine Atmung seien chemisch der gleiche Vorgang, die Einbettung in den mütterlichen Gebärorganismus diene nur der Ernährung bis zur Ausbildung der eigenen Organe des Kindes, die aber auch nach der Geburt nicht voll gebrauchsfähig seien. Noch immer bleibe das Kind in seiner Ernährung auf die Mutter angewiesen (Milchnahrung), sei daher das Kind zu einem eigentlich und völlig selbständigen Leben noch nicht befähigt. - Im übrigen hat auch Waider die ärztliche Wissenschaft immer deutlicher erkannt, daß die Geburt zwar einen entscheidenden Schritt zur Verselbständigung des Kindes darstellt, daß aber die Verselbständigung bereits vorher durch die Entwicklung des Kindes vorbereitet und durch die Geburt keineswegs abgeschlossen ist. Die Geburt werde daher mehr und mehr als Schlußpunkt einer Phase in der Entwicklung ein und desselben Lebewesens gesehen, das nicht seine Seinsqualität sondern seinen Seinszustand ändere.²

2. In der Biologie:^{2a}

Die Argumente stammen sämtlich aus der theoretischen Biologie und gehen letztlich auf zwei Grundanschauungen zurück: Nach der ersten ist der Embryo noch kein Mensch sondern jedenfalls bis zur Ausbildung eigener Lebensfähigkeit der Frucht in Gestalt und Lebensqualität den Tierformen gleichartig, die als Vorstufen bei der Ausprägung der menschlichen Art angesehen werden. Diese Auffassung gründet in der Abstammungslehre wie sie von Lamarck, Darwin und Haeckel entwickelt worden ist. Nach ihr entstehen die Arten durch Anpassung und Auslese haben aber selbst keine eigentliche Realität sondern

Anm. 2: Waider, S. 28 ff

Anm. 2a: Hierzu vgl. Waider S. 49 ff

sind letztlich Ergebnis einer mechanischen Entwicklung der Materie. Die neue Art entsteht durch Überschreiten fertiger Vorfahrenformen durch Mutation und Überleben der dadurch für den Lebenskampf besser ausgestatteten Individuen. (Lamarck, Deszendenztheorie, Darwin, Selektionstheorie). Aufbauend auf dieser Lehre hat Haeckel schließlich das sog. biogenetische Grundgesetz formuliert das etwa wie folgt lautet: Die Ontogenese, das ist die Entwicklung des Einzelwesens, ist eine kurze und schnelle, durch die Gesetze der Vererbung und Anpassung bedingte Wiederholung der Phylogenese, das ist der Entwicklung der Arten. Dies besagte nichts anderes, als daß der Mensch in seiner Keimentwicklung auszugsweise den Gang der Artentwicklung nochmals zu durchlaufen habe und daß das Leben der frühen embryonalen Stufen ebensowenig als menschliches Leben angesehen werden könne, wie das früher Vorstufen in der Entwicklung der Arten.³

Die zweite Grundauffassung, ebenfalls von namhaften Biologen vertreten (Dacques, Driesch, Hedwig Conrad - Martius), und neuerdings stark im Vordringen, unterzieht die Abstammungslehre in der durch Lamarck, Darwin und Haeckel ausgeprägten Form sowie das biogenetische Grundgesetz der Kritik. Sie hält es für nicht denkbar und unbeweisbar, daß die grundlegenden Formtypen sich auseinander auf rein mechanische Weise durch Anpassung und Mutation entwickelt haben könnten.

Sie sieht vielmehr in der Umgestaltung der Arten planmäßig wirkende Kräfte am Werk und bezeichnet diese als Entelechien, (die ihrerseits als auf einen schöpferischen Akt Gottes zurückgehend gedacht werden). So will etwa Hedwig Conrad - Martius⁴ bei den biologischen Familien, Ordnungen, Klassen und Stämmen als ganzheitlichen oder typischen Typen eine Entstehung durch schöpferische Formgebung annehmen. Wörtlich heißt es: "Sie können niemals Glieder eines unter innerorganismischen Bedingungen sich vollziehenden stammesgeschichtlichen Werdens sein." Entsprechend dieser Auffassung von Werdegang und Entwicklung der Arten sieht diese biologische Richtung auch in der Entwicklung des Embryo ein planmäßiges Werden und bereits in der befruchteten Eizelle eine entelechiale Wirkursache am Werk, die den menschlichen Embryo in allen Stadien seiner Entwicklung von den Tierformen wesensmäßig unterscheidet, denen er äußerlich gleicht. So heißt es bei Hedwig Conrad - Martius:⁵ "Die Phase vom Ei bis zur Geburt ist durch die keimhafte Hingestaltung auf einen menschlichen Organismus spezifisch ausgezeichnet."

Es bedarf kaum eines Hinweises, daß diese Auffassung ein wichtiges Argument für die Menschennatur des Embryo zu liefern vermag.

Anm. 3: Vgl. etwa Haeckel, Lebenswunder S. 245 und 288

Anm. 4: Abstammungslehre S. 357 f

Anm. 5: Die Geistseele des Menschen S. 72

3. In der Philosophie:

Waider selbst hat den Versuch unternommen, den Unterschied von Embryo und fertigem Menschen einmal mit Hilfe der aristotelischen Unterscheidung von Potenz und Akt, zum anderen mit Nicolai Hartmanns Antithese von Möglichkeit und Wirklichkeit zu verdeutlichen.⁶ Der Embryo, so meint Waider, ist ein homo in potentia. Das Menschliche in ihm sei möglich im Sinne Nicolai Hartmanns und werde wirklich mit der Geburt. Da das Wirklichwerden von Umständen außerhalb des Dinges selbst abhängt, sei dieses bereits vor ihrem Eintritt Träger der wesentlichen Qualitätsmerkmale und komme dem embryonalen Leben bereits die Qualität menschlichen Lebens zu. (Vgl. Waider a.a.O. S. 113 ff)

Einen anderen philosophischen Weg, der allerdings zu dem gleichen Ergebnis führt, geht Romano Guardini:⁷ Er unterscheidet Bau- und Werdegestalt der Lebewesen. Beide Gestalten seien verschiedene Erscheinungsformen des Organismus. Die Baugestalt sei die Erscheinungsform der Gleichzeitigkeit in welcher sich die verschiedenen Gebilde und Organe auf das Gesamtgefüge hinordnen. Die Werdegestalt dagegen sei die Erscheinungsform des Nacheinander und werde dadurch gebildet, daß jede Phase des Lebens auf das Ganze der Entwicklungsfolge hingeordnet sei. Bau- und Werdegestalt seien der Organismus, einmal auf den Raum und einmal auf die Zeit bezogen. Im Hinblick hierauf sei es nicht sinnvoll zu behaupten, ein Lebewesen beginne erst dann es selbst zu sein, wenn es eine bestimmte Anzahl von Entwicklungsformen durchlaufen habe. Dies gelte wie für Pflanze und Tier auch für den Menschen. Ebenso wie der Baum in allen seinen Phasen von Samenfrucht, Keimling, Jungbaum und Großbaum jeweils ganz er selbst sei, müsse dies auch für den menschlichen Organismus gelten. Der Embryo sei daher schon Mensch und Person sobald die Verschmelzung der Keimzellen vollendet und die Entwicklung in ihre erste Phase getreten sei. Bereits die ersten Zellen enthielten die ganze Ordnungsmächtigkeit des späteren Lebens. Die mechanistische Auffassung, es bedürfe einer Hinzufügung um aus dem Erststadium des Organismus die späteren werden zu lassen, vermöge dem Wesen des Lebendigen nicht gerecht zu werden.⁸

Anm. 6: Nicolai Hartmann, Möglichkeit und Wirklichkeit, insbesondere S. 247-257

Anm. 7: Das Recht des werdenden Menschenlebens S. 24 ff

Anm. 8: Ganz ähnlich auch Paul Martini, Hochland 45 (1953) S. 341 ff: "Niemand streitet heute mehr ab, daß der Beginn des individuellen Lebens mit der Vereinigung von Ei und Samenzelle einsetzt. Der Embryo lebt zwar in Abhängigkeit von der Mutter, doch nach der Empfängnis wird die Fortführung seiner Entwicklung im wesentlichen durch die eigenen Gene bestimmt. Es wäre ein Akt reiner Willkür, den Beginn des geistigen Lebens und die Empfängnis einer Geistesseele in irgendeine spätere Embryonalzeit verlegen zu wollen. Im Embryo liegt

4. In der Theologie:

Es ist ein altes Problem der Theologie, wann der Mensch mit seiner unsterblichen Geistseele ausgestattet wird und auf welche Weise dies geschieht. Es liegt auf der Hand, daß für denjenigen, der überhaupt eine unsterbliche Geistseele des Menschen annimmt, die Fragestellung in eines zusammenfällt mit der nach dem Beginn der eigentlichen personalen Existenz des Menschen, da für ihn die Geistbegabung ein constitutivum der Menschennatur ist.

Es ist bekannt, daß seit der scholastischen Theologie ein Meinungsstreit darüber besteht, ob die Beseelung bereits mit der Verschmelzung von Ei und männlicher Samenzelle erfolgt (Simultanbeseelung) oder erst später, aber noch während der Schwangerschaft (Sukzessivbeseelung).^{8a} Thomas von Aquin, der die Lehre von der Sukzessivbeseelung vertrat, nahm an, daß die Geistseele bei männlichem Geschlecht nach 40, bei weiblichen Geschlecht nach 80 bis 90 Tagen eingegossen werde und der Embryo vorher nur mit einer anima sensitiva ausgestattet sei.⁹ Einen guten Überblick über die Argumente und die Literatur gibt Niedermeyer¹⁰, der selbst der Lehre von der Sukzessivbeseelung zuneigt. Im übrigen hat sich aber heute im theologischen Schrifttum ganz überwiegend die Auffassung durchgesetzt, daß die Geistseele sofort beim Zeugungsakt eingeschaffen werde, und zwar vor allem deshalb, weil die Entwicklung schon von diesem Zeitpunkt an durch ein übergreifendes entelechiales Prinzip gesteuert erscheint und ein anderer Zeitpunkt in der embryonalen Entwicklung, der als Anhaltspunkt für die Beseelung dienen könnte, nicht ersichtlich ist.¹¹

Nach der Auffassung, die eine Simultanbeseelung annimmt, ist der Embryo bereits vom ersten Augenblick seiner Existenz an Mensch und Person. Nach der Lehre von der Sukzessivbeseelung wird er dies zwar noch innerhalb der Schwangerschaft und vor der Geburt, ist dies aber in seinen frühen Stadien jedenfalls noch nicht voll.

die Qualität einer Person schon von Anfang an vor, wenn auch schlummernd. Was später noch hinzutritt ist kein constitutivum mehr sondern sind nur adiuvantia: die physische Entwicklung eines Denkapparates, Erlebnisse, der Erwerb von Erfahrungen, von Wissen, Unterscheidungsvermögen und Charaktereigenschaften. Die Person erlangt durch sie die Eigenschaft einer Persönlichkeit infolge psychophysischer Veränderungen, während der Geist von Anfang an da war. (Entelechie). Mit ihm ist die Voraussetzung zum Rang eines menschlichen Wesens schon gegeben und die absichtliche Tötung eines solchen Wesens fällt unter den Begriff des Mordes.“

Anm. 8a: Sowohl die Auffassung von der Simultan - wie auch die von der Sukzessivbeseelung gehen von einer Anschauung aus, die herkömmlich als Kreationismus bezeichnet wird. Sie hat zum Inhalt, daß die individuelle Geistseele durch einen besonderen göttlichen Schöpfungsakt jeweils zum Leib hinzuschaffen wird.

Aber auch nach dieser Auffassung ist der menschliche Embryo zu keinem Zeitpunkt seiner Entwicklung dem Tier oder gar der Pflanze wesensgleich,¹² sondern homo in potentia, wenn auch noch nicht eigentliche Person.

B. Auf der Grundlage der besprochenen unterschiedlichen Gutsvorstellungen haben sich verschiedene sittliche Bewertungen der Abtreibung herausgebildet, von denen vor allem vier als typisch und weit verbreitet ins Auge fallen:

1. Die Abtreibung wird als Tötung eines Menschen aufgefaßt und damit als objektiv grundsätzlich ebenso verwerflich wie die Tötung eines bereits geborenen Menschen. Daß diese Wertung die natürliche Folge der Leugnung eines Qualitätsunterschiedes von Mensch und Embryo ist, bedarf kaum der Betonung. Für den religiös gebundenen Menschen dieser Auffassung ist die Abtreibung schwere Sünde, da er sich bei ihr wie bei jeder anderen Tötung ein eigenes Verfügungsrecht über mitmenschliches Leben anmaßt, obwohl Gott allein die Entscheidung über Leben und Tod zukommt.

Diese Auffassung vom Handlungswert der Abtreibung ist grundsätzlich ausnahmefeindlich.¹³

2. Eine zweite sittliche Wertung betrachtet die Abtreibung als unsittlich, weil der Mensch dadurch seine Verpflichtung zur Ehrfurcht vor dem Leben und die natürliche Ordnung der Dinge verletzt und die Menschwerdung des Embryo verhindert. Diese in vielen Varianten sehr häufig vertretene Auffassung glaubt zwar nicht mehr, daß der Embryo Mensch und Träger eines eigenen Lebensrechtes ist, verneint aber ein freies Verfügungsrecht über den Embryo noch auf Grund der Sache, nicht aber wegen der Verletzung oder Bedrohung irgendwelcher kollektiver Interessen. Dem Embryo wird noch ein Eigenwert zuerkannt.

Zwischen den unter 1 und 2 skizzierten Wertungen steht die Bewertung der Abtreibung durch die Anhänger der Lehre von der Sukzessivbeseelung. Wer dieser Meinung anhängt, sieht ja im Embryo in den ersten Stadien seiner Entwicklung noch keinen vollen Menschen. Indessen wird die Abtreibung von den Anhängern dieser Lehre nicht nur als schwerer Eingriff in die Schöpfungsrechte Gottes verurteilt, sondern in der Handlung wird auch ein homicidium anticipatum vel attentatum gesehen und damit ein echtes Tötungsdelikt. (Vgl. Niedermeyer a. a. O S. 133)

Anm. 9: Hedwig Conrad-Martius, Die Geistseele des Menschen S. 32, Anm. 12

Anm. 10: Handbuch der speziellen Pastoralmedizin Bd. 3 S. 101 ff

Anm. 11: So offensichtlich Guardini a. a. O S. 29 und Martini, oben Anm. 8; in gleichem Sinne Lexikon für Theologie und Kirche, Stichwort Beseelung mit Literaturhinweisen. Offenbar auch K. Barth, Dogmatik III S. 473 f

Anm. 12: da noch nicht fertiges Wesen: Niedermeyer, a. a. O S. 122

3. Die dritte hier anzuführende Wertung sieht das sittlich Bedenkliche der Abtreibung vor allem in der dadurch verursachten Gefährdung allgemeiner Güter wie der Volksgesundheit, des gesunden Altersaufbaus der Bevölkerung, ja sogar der Existenz des Volkes oder einer Volksgruppe. Steht diese Argumentation allein, so ist sie meist Ausdruck einer stark kollektivistischen Ethik. Es kommt aber natürlich auch vor, daß die Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit als Grund für die Verwerflichkeit der Abtreibung neben den unter 1 und 2 behandelten Auffassungen angeführt wird.

Diese Wertung ist ausgesprochen ausnahmsfreundlich. Das Unwerturteil, fällt weg, wo im Einzelfall kein Gemeinschaftsinteresse inmitten liegt oder ein Individualinteresse der Beteiligten überwiegt. Wo Gemeinschaftsinteressen als alleiniger Grund des Unwerturteils genannt werden, geht der Wertende regelmäßig von einer Auffassung vom Wesen des Embryo aus, die ihn noch nicht als Menschen anerkennt.

4. Eine letzte Auffassung schließlich hält die Abtreibung für grundsätzlich erlaubt, jedenfalls soweit ein wichtiger Grund vorliegt (natürlich nur durch die Eltern!). Die Annahme eines solchen Verfügungsrechtes hat die Überzeugung zur Voraussetzung, daß der Embryo noch nicht Mensch sei. Auch werden regelmäßig die unter 2 angeführten Gründe für ein Unwerturteil gering veranschlagt.

Bereits hier muß aber betont werden, daß die Annahme, jedermann besitze eine fertige bewußtseinsaktuelle Wertung zur Frage der Abtreibung bei weitem nicht zutrifft. Man muß sich darüber klar sein, daß trotz der großen Anteilnahme der Öffentlichkeit an der Auseinandersetzung um § 218 StGB ein großer Teil der Bevölkerung ohne eigene, auf Überlegung beruhende Wertung ist.

§ 2

Die rechtliche Bewertung der Abtreibung im Regelfall

Im folgenden soll versucht werden, die typischen Argumente herauszuarbeiten, die für und gegen eine Bestrafung der Abtreibung im Laufe der letzten Jahrzehnte immer wieder vorgebracht wurden und auf die Zusammenhänge mit den verschiedenen materiellen Bewertungen hinzuweisen.

A. Argumente für die Bestrafung der Abtreibung:

1. Das ethische oder naturrechtliche Argument:

Die Bestrafung der Abtreibung wird hier gefordert, weil

Anm. 13: Darüber, inwieweit eine Situationsethik für möglich gehalten wird, siehe später S. 83

- a. Der Embryo durch die Abtreibung in seinem natürlichen Lebensrecht verletzt werde
- b. Der Staat verpflichtet ist, dieses natürliche Lebensrecht zu schützen, weil die Sicherung menschlichen Lebens zu seinen Grundaufgaben gehöre.

Man erkennt in dieser Argumentation diejenige Auffassung wieder, die den sittlichen Unrechtsgehalt der Abtreibung in der Vernichtung menschlichen Lebens sah. Das Argument begnügt sich allerdings nicht mit der Feststellung der Sittenwidrigkeit der Handlung sondern motiviert die Forderung nach Strafe ergänzend damit, daß der Staat mit einer Unterlassung der Strafverfolgung gegen seine ihm wesentliche Aufgabe des Schutzes menschlicher Grundrechte verstoße. Die Strafe wird also nicht etwa allein deshalb gefordert, weil es sich bei der Abtreibung um etwas Unsittliches handele, oder gar um die Sittenordnung mit Gewalt durchzusetzen, sondern weil von der Nichtbestrafung eine Gefahr für die allgemeine Lebensordnung und wichtige Güter des Einzelnen und der Gemeinschaft droht. - Das Lebensrecht des Embryo wird als vorstaatliches Grundrecht aufgefaßt.

2. Das Argument, die Bestrafung der Abtreibung diene der Sicherung des Vorfeldes der eigentlichen Tötungsdelikte und der Erhaltung der Ehrfurcht vor dem Leben. Das Argument entspricht etwa der unter § 1 B Ziff. 2 geschilderten ethischen Haltung.

3. Das bevölkerungspolitische Argument:

Die Notwendigkeit der Abtreibungsbestrafung wird damit begründet, daß durch eine Freigabe ein gesunder altersmäßiger Bevölkerungsaufbau nicht gesichert sei.

4. Das rassepflegerische Argument: Es wird darauf hingewiesen, daß Rasse und Volkstum durch die Abtreibung geschädigt wurden.

5. Das gesundheitspolitische Argument: Es wird dabei von der Auffassung ausgegangen, daß die Abtreibung selbst bei Vornahme durch einen Arzt und unter Einhaltung der Regeln der ärztlichen Kunst noch immer ein gefahrvoller Eingriff ist, der häufig zu Siechtum und Unfruchtbarkeit der Frau führe. Die Argumente 3 - 5 entsprechen der materiellen Wertung nach § 1 B Ziff. 3.

6. Schließlich hört man auch gelegentlich das Argument, das Verbot der Abtreibung diene auch der Ordnung auf sexuellem Gebiet, insbesondere dem Schutze der Familie und auch der Frau selbst. Gebe man die Abtreibung frei, so werde die Folge hiervon eine Verwilderung der sexuellen Sitten sein.

B. Argumente gegen die Bestrafung der Abtreibung:

1. Leugnung des naturrechtlichen Argumentes: Die Fähigkeit des Embryo, Träger eigener Rechte zu sein, wird bestritten, seine Menschen-natur in Abrede gestellt.
2. Leugnung des Argumentes, der Bestrafung der Abtreibung sei zur Sicherung des Vorfeldes der Tötungsdelikte notwendig.
3. Leugnung des bevölkerungspolitischen Argumentes und entsprechend des gesundheits- und rassepflegerischen Argumentes, mit der Begründung, daß der Altersaufbau nicht bedroht sei und eher Übervölkerung bevorstehe, im übrigen die Wahrung gesundheitlicher Belange in erster Linie den betreffenden Frauen selbst überlassen bleiben müsse.¹⁴ Nicht selten finden sich auch Verdächtigungen, der Staat verbiete die Abtreibung nur deshalb, um mit Hilfe eines Bevölkerungsüberschusses eine aggressive Außenpolitik treiben zu können.
4. Soziales Argument: Das Abtreibungsverbot wirke im Sinne eines Klassenstrafrechts. Es treffe im Grund nur diejenigen, die nicht über genügend Mittel verfügten, um sich die Dienste eines verschwiegenen Arztes zu sichern.
5. Soziologisches Argument: Die Häufigkeit der Abtreibungen lasse erkennen, daß die Mehrheit des Volkes Abtreibungen heute nicht mehr als ein mit Kriminalstrafe zu ahndendes Unrecht ansehe, sie vielmehr als einen Sonderfall der Geburtenkontrolle betrachte. Sittlichkeit und Recht seien keine konstanten Gebilde und müßten sich den jeweils herrschenden Wertungen, das ist den faktischen Verhältnissen anpassen. Im übrigen sei die Bestrafung der Abtreibung, wie die verhältnismäßig geringe Zahl der Verurteilungen zeige, gar nicht in der Lage, steuernd zu wirken.
6. Leugnung des staatlichen Rechts zur Bestrafung der Abtreibung: Die Bestrafung der Abtreibung bedeute einen Eingriff des Staates in die menschliche Intimsphäre, wozu er grundsätzlich nicht berechtigt sei. Auch fehle ihm die moralische Autorität dazu. Er sei nicht nur selbst im Kriege mit dem Leben Unzähliger verschwenderisch verfahren, sondern habe auch auf weite Strecken nicht für eine zureichende Versorgung der Bevölkerung einstehen können.
7. Leugnung des Argumentes, die Bestrafung der Abtreibung diene der Aufrechterhaltung der Ordnung auf dem Gebiete der

Anm. 14: Auch werde gerade durch das Verbot eine neue Gefährdung der Volksgesundheit geschaffen, nachdem auf diese Weise sehr viele in die Hände von Kurpfuschern und "weisen Frauen" getrieben würden.

sexuellen Sittlichkeit:

Es handele sich dabei um den unzeitgemäßen Versuch, sittliches Verhalten durch Gewalt zu erzwingen und um ein Relikt früheren Sittenstrafrechts.

3. Kapitel

Die Bewertung der Abtreibung in den sogenannten Indikationsfällen

§ 1

Die materielle Bewertung der Indikationsfälle.

Unter Indikationsfällen versteht man einzelne Fallgruppen von Abtreibungen, die, sei es durch die Situation, sei es durch die Beweggründe, besonders gekennzeichnet sind. Der Name stammt aus der medizinischen Fachsprache und war ursprünglich in seiner Verwendung auf die Fälle der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung beschränkt. Er bedeutet wörtlich, daß die Schwangerschaftsunterbrechung "angezeigt" sei. Man hat sich daran gewöhnt, vier Indikationen zu unterscheiden: Die medizinische,¹⁵ die ethische,¹⁶ die eugenische¹⁷ und die soziale¹⁸. Guardini¹⁹ weist darauf hin, daß man in der Zeit des Dritten Reiches bereits darüber hinausgegangen sei und de facto auch die rassistische und die politische Indikation anerkannt habe.²⁰

Am längsten bekannt und problematisch ist die medizinisch Indikation. Für ihre sittliche Bewertung sind folgende hauptsächlich Auffassung vertreten worden:

1. Man hat die medizinisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung für erlaubt gehalten, weil der Embryo nicht als Mensch betrachtet werden könne, seine Tötung zur Rettung von Leben und Gesundheit der Mutter nach dem nach die Moral beherrschenden Grundsatz der Güterabwägung daher nicht unsittlich sei. Interessen der Allgemeinheit könnten keinen Hinderungsgrund darstellen, da diesen durch die Erhaltung der Mutter regelmäßig in besten gedient sei. Es braucht kaum betont zu werden, daß für alle diejenigen, die ohnedies ein

Anm. 15: Medizinisch "indiziert" ist die Schwangerschaftsunterbrechung, wenn die Mutter nur dann vor dem Verlust des Lebens oder einer dauernden schweren Gesundheitsbeschädigung bewahrt werden kann, wenn der Embryo getötet wird.

Anm. 16: "Ethisch" indiziert ist die Schwangerschaftsunterbrechung nach vorangegangenen Sittlichkeitsverbrechen.

Anm. 17: Eugenisch "indiziert" ist die Abtreibung, wenn das Kind schwer erkrankt sein würde.

Anm. 18: Eine soziale Indikation liegt vor, wenn die Existenz und geordnete Entwicklung des zu erwartenden Kindes im Hinblick auf die soziale Lage der Eltern nicht gesichert erscheint oder neuer Nachwuchs die soziale Lage der bereits vorhandenen Familie in unzumutbarer Weise verschlechtern würde. Teilweise wird hierher auch Rufgefährdung durch uneheliche Schwangerschaft gezählt.

Anm. 19: Das Recht des werdenden Menschenlebens S. 16/17

Anm. 20: Siehe auch unten Seite

Verfügungsrecht der Eltern über das embryonale Leben annehmen, die Erlaubtheit der Indikationen, insbesondere aber der medizinischen Indikation unproblematisch ist.

2. Nach einer anderen Ansicht ist die medizinisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung erlaubt, weil die Mutter hierzu ein notwehrähnliches Recht besitze (die Menschennatur des Embryo wird hierbei in aller Regel anerkannt).

3. Nach einer dritten Auffassung fällt die Tötung des Embryo unter das Gebot "Du sollst nicht töten" und ist daher auch die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation als Tötung eines Menschen grundsätzlich verwerflich. Es wird jedoch anerkannt, daß ausnahmsweise in dieser Notstandslage die Tötung des Embryo erlaubt sein könne (wenn auch nicht immer!). Diese, vor allem in protestantischen Kreisen vielfach vertretene Auffassung teilt auch Karl Barth²¹, wenn er schreibt: "Das menschliche Leben ist kein absoluter Wert und kann darum durch das Gebot geschützt sein, aber doch nur in den Grenzen des Willens des Gebieters. Von woher sollte die absolute These begründet werden, daß Gott niemals und unter keinen Umständen etwas anderes als die Erhaltung des kindlichen Menschenlebens wollen und von Mutter, Vater, Arzt und den anderen Beteiligten fordern könne?

Könnte er, dessen Wille es ja sein kann, ... dieses keimende Menschenleben nicht einmal auch in der Weise sterben lassen wollen, daß diese anderen Menschen ihm nun eben dabei mit ihrem Tun helfen müßten?" Was Gottes Wille im Einzelfall sei, könne nur in der "Aktualität des Hörens" vernommen werden und der Christ müsse handeln in der "Einsamkeit seines Gewissens".²² Diese Haltung entspringt einer bestimmten Auffassung vom Wesen des Gesetzes im Protestantismus.²³

Anm. 21: Dogmatik, Bd. III S. 479

Anm. 22: Barth, Dogmatik III S. 20; vgl. auch Herrmann Wagner in der Freie Dienst, Beihefte zu "Kommende Gemeinde" herausgegeben von J. W. Hauer § 218 - eine sachliche Aussprache

Anm. 23: Eine Darstellung ist hier nicht möglich, da sie sofort in die Tiefen der Theologie führen würde. Nur so viel sei gesagt, daß die Auffassung Barths und Wagners keineswegs Allgemeingut im Protestantismus ist. Während Barth ein dem Menschen erkennbares, mit Absolutheitsgeltung ausgestattetes Gesetz nicht annimmt, sind etwa Bonhoeffer (Ethik) auch auch Brunner, Das Gebot und die Ordnungen S. 110 durchaus anderer Meinung. Vollends im Hinblick auf die medizinische Indikation besteht in der protestantischen Ethik Uneinigkeit. Vgl. unten Anm. 26 aber auch Waider S. 396 ff

4. Eine vierte und letzte Wertung hält die Abtreibung als direkt und unmittelbar intendierte Tötung eines Menschen auch dann für sittlich verwerflich, wenn die Notstandslage der medizinischen Indikation vorliegt. Ein Notwehrrecht der Mutter wird verneint, weil das Kind kein ungerechter Angreifer sei, nur gegenüber einem solchen aber Notwehr platzgreifen könne. Eine Güterabwägung komme nicht in Frage, weil selbst dann, wenn man das Leben der Mutter als höherwertiges Gut ansehen könne, dessen Wahrung doch niemals durch unsittliche Mittel (Tötung eines Menschen) erfolgen dürfe.²⁴ Auch sei die Güterabwägung nicht vollständig vollzogen, wenn man nur Leben der Mutter und Leben des Embryo einander gegenüber gestellt sehe. Die Alternative laute richtig, ob man dem Gut absoluter Unantastbarkeit schuldlosen Lebens oder dem Gut der Zugriffsmacht auf fremdes schuldloses Leben zur Abwehr drohenden natürlichen Todes den Vorzug geben wolle.²⁵ Diese Auffassung, die ausnahmslos und unter Ablehnung jeglicher Situationsethik die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation verwirft, wird insbesondere von katholischer aber auch von maßgeblicher protestantischer Seite vertreten.²⁶

Was die ethische und soziale Indikation anlangt, so wurde ihre ethische Erlaubtheit immer mit der Bedrohung wichtiger Individualgüter, sei es der unfreiwilligen Mutter, sei es der Familie des zu erwartenden Kindes, gerechtfertigt, während für die eugenische Indikation die Gefährdung von Rechtsgütern der Allgemeinheit betont wurde. Die Auffassung, daß Indikationen dieser Art sittlich erlaubt seien, hat fast stets die Überzeugung zur Grundlage, daß es sich beim Embryo noch nicht um ein menschliches Leben handle, meist auch die Überzeugung von einem grundsätzlichen eigenen Verfügungsrecht der Mutter.²⁷ Bei der ethischen Indikation schwingt in der Bewertung regelmäßig ein starkes gefühlsmäßiges Element mit: Mitgefühl mit der Frau und Verständnis für ihre Abwehrreaktion. Bei der eugenischen Indikation wird zuweilen das Interesse der Allgemeinheit so stark betont, daß von einem Notwehrrecht der Gesellschaft gesprochen wird.

Vom Boden der Anschauung, daß auch der Embryo bereits Mensch und Person sei, führt kein Weg zur Anerkennung der drei Indikationen: Die ethische Indi-

Anm. 24: R. Egenter Hochland 45 (1953) S. 341 ff

Anm. 25: Hürth, Stimmen der Zeit 1928, 116 S. 128

Anm. 26: Für katholischen Standpunkt: Lexikon für Theologie und Kirche, Stichwort Abtreibung und, vor allem die Enzyklika Papst Pius XI Casti Connubii; siehe ferner unten S. 91. Von evangelischer Seite ist diese Auffassung gerade von kirchenamtlichen Stellen vertreten worden. Vgl. Waider S. 396 ff; siehe ferner unten S. 97 ff

Anm. 27: Jedenfalls bei wichtigem Grund, wobei nur noch jeweils streitig sein kann, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Dies ist potentiell bei allen drei Indikationen der Fall.

kation wird bei allem Verständnis für die Lage der Frau deshalb abgelehnt weil:

- a. Der Angriff gegen ihre Integrität bereits abgeschlossen ist
- b. der Angriff nicht von dem zu erwartenden Kinde ausging
- c. seine Tötung die Tötung eines Unschuldigen wäre, die selbst bei äußerer Gefährdung eigener Rechtsgüter (Gesundheit, ja Leben, Gefahr seelischer Depressionen) ethisch nicht gerechtfertigt werden kann.²⁸

Ähnliche Gründe werden gegen die soziale Indikation vorgebracht, deren Zulassung der Anerkennung eines elterlichen Verfügungsrechtes über das ungeborene Leben zukäme.

Was schließlich die eugenische Indikation anlangt, so wird das Vorliegen einer Notwehrlage der Gesellschaft bestritten, insbesondere auf die Notwendigkeit und Möglichkeit positiver eugenischer Maßnahmen hingewiesen.

§ 2

Die rechtliche Bewertung der sog. Indikationsfälle

Ebenso wie die Bewertung des Regelfalles der Abtreibung ist auch die rechtliche Bewertung der besonders gelagerten Fallgruppen stark von den jeweiligen materiellen Wertungen abhängig. Es besteht jedoch allseits Einigkeit darüber, daß, wenn überhaupt die Strafwürdigkeit der Indikationsfälle bejaht werden sollte, es sich doch jedenfalls um besonders leichte Fälle der Abtreibung handelt. Nur dies vermag die Tatsache zu erklären, daß überhaupt eine so lebhafte Diskussion um ihre Anerkennung entbrennen konnte. Der Umstand aber, daß es sich um leichtere, menschlich häufig sehr verständliche Taten handelt, führt dazu, daß nicht selten auch diejenigen eine Strafdrohung nicht unbedingt für erforderlich halten, die in der Handlung gleichwohl ein sittliches Unrecht sehen. Hinzu kommt, daß viele we-

Anm. 28: Vgl. etwa Schöllgen, aktuelle Moralprobleme S. 390 ff; Lexikon für Theologie und Kirche a. a. O; Niedermeyer Bd. III S. 165 ff, 224 ff.

Die Zulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung aus ethischer, eugenischer und sozialer Indikation wird auch von den Anhängern einer Situationsethik in dem oben S. 23 Anm. 23 besprochenen Sinn kaum je gebilligt. Immerhin werden hier mehrere Auffassungen vertreten. Ablehnend etwa Loeffler, Religion in Geschichte und Gegenwart, Stichwort Eugenik für die eugenische Indikation. Er beruft sich auf das folgende Wort Bonhoeffers: "Daß Gott der Schöpfer, Erhalter und Erlöser des Lebens ist, macht auch das armseligste Leben vor Gott lebenswert."

gen der Uneinheitlichkeit der Wertungen eine strafrechtliche Sanktion nicht als angemessen ansehen. Es sind folgende typische Haltungen zu unterscheiden:

1. Die rigorose Haltung, wonach jede Abtreibung bestraft werden soll und zwar vor allem deshalb, weil jede Ausnahme die Gefahr einer Irreführung des moralischen Bewußtseins sowie der weiteren Ausuferung und Abschwächung des Tötungsverbotes in sich berge. Man erkennt, daß diese Auffassung auf der Grundlage der sittlichen Bewertung ruht, die eine Berücksichtigung der besonderen Situation strikt ablehnt. Zur Begründung wird allerdings nicht rein auf die sittliche Wertung verwiesen, sondern werden die genannten rechtlichen Gesichtspunkte angeführt.

2. Auf dem Boden der gleichen sittlichen Auffassung erwächst eine rechtliche Wertung, die eine Bestrafung nicht in jedem Fall für notwendig hält, vor allem im Hinblick auf die Uneinheitlichkeit der Wertungen innerhalb der Gesellschaft und die Möglichkeit des irrenden Gewissens vieler. Keinesfalls dürfe aber der Staat den Eindruck einer Billigung der betreffenden Handlungen erwecken oder gar ihre Nichtbegehung als Unrecht qualifizieren. Tue er dies, so entstünden wiederum die unter 1 erwähnten Gefahren einer sittlichen Verwirrung und Aufweichung des Tötungsverbotes.

Die Anhänger dieser Wertung haben die Möglichkeit einer Straffreistellung aber nur für die medizinische Indikation anerkannt, darüber hinaus aber eine Pflicht des Staates zur Bestrafung auch der Indikationsfälle angenommen, da sonst dem Leben des Embryo der ihm zustehende Schutz verweigert werde.²⁹ - Soweit diese Wertung in der Rechtslehre vertreten worden ist, hat man vorgeschlagen, für den Fall der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung einen persönlichen Strafausschließungsgrund für alle Beteiligten zu schaffen, sich aber gegen einen echten Rechtfertigungsgrund oder auch sachlichen Strafausschließungsgrund gewandt, weil dadurch der unbedingt zu vermeidende Eindruck entstehen könne, als billige der Staat ein derartiges Verhalten.³⁰

3. Als dritte typische rechtliche Bewertung ist es anzusehen, wenn einzelne Indikationen, mit Vorzug die medizinische und ethische, seltener auch die eugenische als rechtlich anerkennenswert betrachtet werden, während die gleiche Lösung für die übrigen Indikationen abgelehnt wird.

Diese rechtliche Wertung ist regelmäßig von einer sittlichen Wertung begleitet, die ein absolutes Verbot der Abtreibung nicht anerkennt, es jedoch grund-
Anm. 29: Vgl. etwa Lexikon für Theologie und Kirche, Stichwort Abtreibung; auch, wenngleich nicht speziell zur Abtreibung, Schöllgen, Handbuch der katholischen Sittlehre S. 248/49.

Anm. 30: Karl Peters, Die Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, Juristische Rundschau 1949 H 16 S. 496; auch Waider a. a. O S. 359 ff, der die medizinisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung als Fall der Gefahrengemeinschaft zweier Menschen aufgefaßt wissen will.

sätzlich für richtig hält. Kennzeichnend für diese Haltung ist das Bestreben, die Ausnahmen möglichst eng zu halten. Fast immer wird dabei die reine soziale Indikation nicht als berücksichtigenswert empfunden und zwar aus der Befürchtung heraus, daß ihre Anerkennung praktisch zur Aushöhlung des Verbotes überhaupt führen werde.

4. Als vierte und letzte Haltung ist diejenige zu kennzeichnen, die aus einer grundsätzlichen Ablehnung des Abtreibungsverbotes überhaupt heraus dessen Lockerung durch möglichst weitreichende Statuierung von Ausnahmen erzielen möchte.

4. Kapitel

Der Stand der sozialen Wertungen zu den verschiedenen Zeiten seit dem Erlaß des deutschen Strafgesetzbuches von 1871:

§ 1

Die Wertung des Gesetzgebers

Jede Untersuchung des Standes der sozialen Wertungen muß natürlicherweise mit der Wertung des Gesetzgebers selbst beginnen, da sich erst auf diesem Grunde eventuelle Wertungsverschiebungen deutlich abheben.

Das Strafgesetzbuch von 1871 ist inhaltlich weitgehend identisch mit dem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund aus dem Jahre 1870, das selbst wiederum in enger Anlehnung an das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 zustandekam. In allen drei genannten Gesetzen stehen die Strafbestimmungen gegen Abtreibung im Abschnitt über die Tötungsdelikte. Weder im Reichstag des Norddeutschen Bundes noch in dem des Deutschen Reiches war die Strafwürdigkeit der Abtreibung und die Frage, ob es sich bei ihr um ein echtes Tötungsdelikt handele, Gegenstand von Erörterungen. Nur in den Materialien zum Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 ist eine kurze Bemerkung dem Unrechtsgehalt des Deliktes gewidmet. Die Abtreibung, so heißt es, sei dem Verbrechen des Kindesmordes analog, die Tötung des werdenden Menschen im Mutterleibe.¹ Die Abtreibung ist somit für das Preußische Strafgesetzbuch als echtes Tötungsdelikt qualifiziert.² Dasselbe gilt aber auch für das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund und das Reichsstrafgesetzbuch, da eine Änderung der Auffassungen über den Charakter des Deliktes zu einer Änderung der systematischen Stellung geführt haben würde.³ Hierfür spricht auch die Beibehaltung der hohen Strafdrohung.

Die später so benannten Indikationsfälle werden weder im Gesetz besonders geregelt, noch enthalten die Materialien Hinweise auf die Bewertung dieser Fälle durch den Gesetzgeber. Dabei dürfte dem Gesetzgeber die Problematik jedenfalls der medizinischen und ethischen Indikation durchaus bekannt gewesen sein.

Anm. 1: Goltdammer, Materialien S. 288

Anm. 2: Auch das Preußische Allgemeine Landrecht, das in starkem Maße die Grundlage des Strafgesetzbuches von 1851 bildet, sah den Embryo als Mensch und Person, wenn es bestimmte, daß die allgemeinen Menschenrechte auch den noch ungeborenen Kindern schon von der Zeit ihrer Empfängnis an zustünden. Preuß. ALR T I Tit 1 § 10

Anm. 3: So auch Welzel, Lehrbuch S. 221

(weniger dagegen wohl die der eugenischen und sozialen Indikation, die erst später in den Mittelpunkt des Interesses rückten). Man wird daher aus dem Schweigen des Gesetzgebers wohl entnehmen können, daß er für besondere Härtefälle den Gnadenweg für ausreichend hielt. Das Fehlen von Ausnahmenvorschriften verwundert im übrigen nicht, wenn man die Grundkonzeption des Gesetzgebers vom Wesen des Delikts in Rechnung stellt: Die Auffassung der Abtreibung als echtes Tötungsdelikt ist ausnahmsfeindlich.

§ 2

Der Stand der Wertungen in der Zeit vom 1871 - 1918

Die Zeit von 1871 - 1918 ist gekennzeichnet durch eine fortschreitende Wertungsbewegung, die zwar bereits vor 1871 begonnen hatte,¹ bei Erlass des Reichsstrafgesetzbuches aber ohne jede Auswirkung blieb, ja nicht einmal zu einer Diskussion in der Öffentlichkeit geschweige denn im Reichstag führte. Anzeichen für die Wertungsbewegung ist die insbesondere gegen Ende des Zeitraumes rasch zunehmende Zahl von Veröffentlichungen zu Problemen um § 218.² Dabei gehen die Autoren im Bereich der juristischen Wissenschaft ganz überwiegend - nur ein verschwindend kleiner Prozentsatz macht hiervon eine Ausnahme - von einer Auffassung vom Wesen des Deliktes aus, die sich von der des Gesetzgebers fundamental unterscheidet: Die Abtreibung wird nicht mehr als echtes Tötungsdelikt angesehen. Als Grund der Bestrafung und damit als Rechtsgut des § 218³ werden wahlweise oder zusammen genannt: Das bevölkerungspolitische Interesse, der Schutz der Schwangeren oder des künftigen Kindes (falls die Abtreibung mißlingen sollte!) vor Gesundheitsbeschädigung, Schutz des Vorfalles der Tötungsdelikte. Die Grundlagen dieser neuen Auffassung werden wohl am deutlichsten in Ed.R.v. Liszts Monographie über die Fruchtabtreibung aus dem Jahre 1910:⁴ Er bezeichnet die Frucht als unselbständiges Wesen, das wegen dieser Unselbständigkeit noch nicht Mensch sei. Zur Begründung dieser Auffassung beruft er sich auf das Haeckelsche biogenetische Grundgesetz,⁵ nach wel-

Bem.: Die Eile beim Erlass des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund und noch mehr des Reichsstrafgesetzbuches vermag diesen Schluß für sich allein nicht zu entkräften.

Anm. 1: Erwa Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 3. Aufl. S. 392 ff

Anm. 2: Aus einer größeren Zahl soll hier genannt werden: Otto Ehinger und Wolfr. Kimmig, Ursprung und Entwicklungsgeschichte der Bestrafung der Fruchtabtreibung München 1910

Anm. 3: Über die Identität von Zweck der Strafdrohung und Rechtsgut siehe S. 8/9

Anm. 4: Liszt S. 27 ff

Anm. 5: Siehe oben S. 74

chem nach Auffassung Liszts das angeblich menschliche Leben in der ersten Zeit nach der Befruchtung des Eies noch gar kein solches, sondern ein frosch- oder amphibienartiges später ein Leben vielleicht nach Art der Säugetiere ist.

Im übrigen nennt Liszt als Grund der Abtreibungsbestrafung die Gefährdung der Gesundheit des künftigen Menschen sowie die Hintansetzung der Rücksicht, welche dem menschlichen Leben im allgemeinen gebührt.⁶ Liszt gibt auch einen guten Überblick über den damaligen Stand der juristischen Literatur: Er weiß sich einig mit Merkel, Meyer-Alfeld und Jungmann und zitiert Ihering und Köhler, die das bevölkerungspolitische Interesse als Grundlage der Abtreibungsbestrafung bezeichnet hätten.

Nach Fr. von Liszt⁷ ist Rechtsgrund für § 218 ebenfalls nur die Gefährdung allgemeiner Interessen bzw. die Erhaltung der Gesundheit der Mutter, nicht aber der Schutz der Frucht um ihrer selbst willen, denn Liszt behandelt die Abtreibung nicht im Abschnitt über die Tötungsdelikte sondern bei den "Lebens- und körpergefährdenden Delikten".

Nach Olshausen⁸ ist die Frucht ein Teil des mütterlichen Körpers und damit kein Träger eigener Rechte.

Auch Lilienthal⁹ und Binding¹⁰ haben den Embryo nicht als Rechtssubjekt betrachtet.

Bei diesem Stande der Wertungen in der juristischen Literatur kann vermutet werden, daß auch die medizinische und biologische Literatur der damaligen Zeit, die für einen Nichtfachmann heute nur schwer zugänglich ist, das Vordringen der neuen Auffassung vom Wesen der Leibesfrucht zeigt.

Auch das Indikationenproblem wurde nach 1900 bereits immer wieder diskutiert, wobei freilich die medizinische Indikation bei weitem im Vordergrund stand.¹¹

Anm. 6: Dies kann nach den vorangegangenen Äußerungen über das Wesen des Embryo nichts anderes bedeuten, als daß Liszt das Vorfeld der Tötungsdelikte geschützt sehen möchte.

Anm. 7: Lehrbuch 3. Aufl. 1888 S. 306

Anm. 8: Kommentar zum Strafgesetzbuch § 218 A 4 (5. Aufl. 1897)

Anm. 9: zu Axelrott-Liszt, S. 277

Anm. 10: Lehrbuch S. 37 (2. Aufl. 1902)

Anm. 11: Für ihre Zulassung sind etwa eingetreten: Heimberger, die Straflosigkeit der Perforation, Berlin 1889, auch Münchner med. Wochenschrift 1918 Nr. 17 sowie Hirsch, Der künstliche Abortus, Archiv für Kriminol. Bd. 39/S. 209 und "Die Unterbrechung der Schwangerschaft" ZStW Bd. 36/1918. Wachinger, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, Festgabe für R. Frank, S. 471 berichtet von einer Denkschrift, welche die Preuß. wissenschaftl. Deputation für das Medizinalwesen im Jahre 1917 unter Hinzuzie-

In der Begründung des Vorentwurfs von 1909 sowie des Entwurfs zur Reform des Strafgesetzbuches von 1913 ist die veränderte Rechtsguts-sicht ausdrücklich noch nicht eingegangen. Die vorgesehene Abschwächung der Strafdrohung wird nicht mit einem Wertungswandel sondern mit der Notwendigkeit motiviert, an die mildere Strafpraxis der Gerichte Anschluß zu gewinnen. Eine Veränderung der systematischen Stellung der Strafdrohung wurde gleichfalls nicht vorgesehen, wie übrigens auch nicht in den folgenden Entwürfen bis zum Entwurf Gürtner.¹²

Diese Zurückhaltung der Entwürfe muß als ein wesentliches Indiz dafür betrachtet werden, daß die Breite des Wertungswandels nicht überschätzt werden sollte. Der weitaus größte Teil der Bevölkerung dürfte nach wie vor der Überzeugung gewesen sein, daß es sich bei der Abtreibung um ein echtes Tötungsdelikt handele.¹³ Hierfür spricht auch die bis heute unveränderte Haltung der Kirchen, welche die Abtreibung stets als Tötung eines Menschen verurteilt haben.¹⁴ Politische Parteien und Presse enthielten sich in dem genannten Zeitraum im allgemeinen noch der Stellungnahme.

hung der Ärztekammern ausgearbeitet habe und die dem Reichstag zugeleitet worden sei. Darin sei der Erlass eines Gesetzes empfohlen worden, das die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation für rechtmäßig erkläre. Die Zulassung der sozialen und eugenischen Indikation sei abgelehnt worden. Diese Leitsätze seien von den zuständigen Ministerialbehörden in Preußen und Württemberg den Staatsanwaltschaften zugeleitet worden und hätten dadurch teilweise amtliche Anerkennung gefunden. Fälle der medizinischen Indikation seien selten angeklagt worden.

Anm. 12: Vorentwurf 1909 § 217 - Entwurf 1913 § 283

Anm. 13: Liszt bemerkt aber zutreffend, daß im Volke weithin dem noch unsichtbaren Menschenkinde gegenüber ganz anderer Hemmungen aufträten als gegenüber dem erwachsenen Menschen. Gemeint ist damit wohl der gleiche Sachverhalt, der in dieser Arbeit mehrfach als "Anschauungsmangel" bezeichnet wird. - Keine übermäßige indizielle Bedeutung (wegen der mangelnden Breitenwirkung der Verbände!) kommt Forderungen nach Lockerung der Strafbestimmungen gegen Abtreibung zu, die aus Kreisen der Frauenbewegung erhoben wurden. - Zu nennen ist hier etwa die Stimme von Camilla Jellinek, Frauenforderungen zur deutschen Strafrechtsreform, MonschKrim V (1908), S. 95 ff für eine Lockerung des Abtreibungsverbotes.

Anm. 14: Für die katholische Kirche liegen schon aus dieser Zeit zahlreiche Entscheidungen kirchlicher Obergerichte vor, vor allem zum Problem der medizinischen Indikation. Eine erste Entscheidung des St. Officium vom 28. 5. 1884 hatte zwar die Abtreibung eindeutig als Tötung eines Menschen qualifiziert, aber ausgeführt, daß die Erlaubtheit der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung nicht mit Sicherheit gelehrt werden könne.

Der Stand der Wertungen in der Zeit von 1918 - 1933

Das Jahr 1918 brachte wie auf so vielen anderen Lebensgebieten auch hier längst schon vorgezeichnete Entwicklungen zum Durchbruch: Die Frage nach der Berechtigung der Abtreibungsbestrafung wurde akut und trat in das Stadium der öffentlichen Diskussion. Unter dem Einfluß der wirtschaftlichen Not und der moralischen Zerrüttung durch Krieg und Nachkriegsverhältnisse stieg die Zahl der Abtreibungen auf mehr als das Doppelte des Vorkriegsstandes, d. i. mindestens 500 000 jährlich.¹ Damit war die Abtreibung zu einem allgemeinen Problem geworden, Dem weithin geschwundenen Verständnis für die innere Begründung der Strafdrohung entsprang der Verdacht, es handele sich bei ihr nur um ein möglichst rasch zu beseitigendes Relikt aus dem ancien régime. Eine Ableitung des Strafbedürfnisses aus bevölkerungspolitischen Gesichtspunkten konnte angesichts wirtschaftlicher Not und Arbeitslosigkeit nur auf wenig Widerhall rechnen.

1. Die Wertungen in der Juristenschaft

a. Ohne daß auf einzelne Urteile bereits hier eingegangen werden soll, ist doch auf eine Erscheinung in der juristischen Praxis hinzuweisen, die besser als jedes einzelne Urteil einen erheblichen Wandel der Wertungen innerhalb der Richterschaft erkennen läßt: Es ist die allgemein sinkende Tendenz des Strafmaßes. Wenn schon vor dem Kriege im Jahre 1913 mehr als die Hälfte aller abgeurteilten Fälle nur mit einer Gefängnisstrafe bis zu 3 Monaten geahndet wurden, so hat sich das Verhältnis in den zwanziger Jahren noch weiter zugunsten der kurzfristischen Freiheitsstrafe verändert, ja in einem sehr erheblichen Prozentsatz wurde sogar ausschließlich eine Geldstrafe verhängt.² Eine solche Strafpraxis wäre nicht denkbar gewesen, wenn nicht ein großer Teil der

(tuto doceri non posse) Das Dekret des St. Officium vom 25. 7. 1895 sowie die Entscheidungen vom 4. 5. 1898 bzw. 5. 5. 1902 sprechen jedoch die Unerlaubt-heit einer Schwangerschaftsunterbrechung auch aus diesem Grunde klar aus. (Über die näheren Fundstellen vgl. Niedermeyer, Handbuch der speziellen Pa-storalmedizin Bd. III, a. a. O.)

Anm. 1: Wilhelm Sauer, Kriminologie S. 400, veröffentlicht eine Strafstatistik, aus der sich eine Zunahme der Verurteilungen um mehr als das Doppelte ergibt. Zur Dunkelziffer vgl. oben S. 71 Anm. 8

Anm. 2: Nach Wilhelm Sauer a. a. O sei hier folgende Aufstellung wiedergegeben:

Jahr	Verurteilungen	Zuchthaus	Gefängnis			Geldstr.
			1 Jahr u. mehr	3 Monate 1 Jahr	bis 3 Monate	
1913	1518	84	85	575	770	1
1929	3597	43	113	562	1991	875

Richterschaft die Abtreibung nicht mehr als echtes Tötungsdelikt betrachtet hätte.³

b. Die juristische Wissenschaft; ist in ihrer großen Mehrheit zwar für eine Bestrafung der Abtreibung, zugleich aber für eine weitgehende Milderung der Strafdrohung, sowie für die Aufnahme von Ausnahmenvorschriften in das Strafgesetzbuch jedenfalls für die medizinische und ethische Indikation, eingetreten.⁴ Eine starke Minderheit befürwortete entweder: Freigabe der Abtreibung in den ersten drei Monaten der Schwangerschaft bei Vornahme durch einen Arzt oder jedenfalls Anerkennung der sog. sozialen Indikation.⁵ Von vielen wurde auch eine gesetzliche Ausnahmenvorschrift für die eugenische Indikation gefordert. Die eindeutig vorherrschende Auffassung vom Wesen der Leibesfrucht entsprach etwa der Liszts: Die Leibesfrucht ist noch nicht Mensch und Person und in ihrer Seinsqualität, nicht nur in ihrem Sozialwert, vom Menschen verschieden.⁶ Entsprechend wird der materielle

(Bei der Aufstellung ist freilich die Ermäßigung der Strafdrohung durch die Novelle von 1926 in Rechnung zu stellen)

Anm. 3: Auf die indizielle Bedeutung der Strafzumessungspraxis hat u. a. Ja-gusch hingewiesen in "Die Praxis der Strafzumessung" Sonderausgabe aus dem Leipziger Kommentar 8. Aufl. Berlin 1956 S. 102 Anm. II 1b.

Anm. 4: So LK Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 2. Aufl. 1922 § 218, Ebermeyer, Der Arzt im Recht S. 231 (der Autor ist aus überwiegend praktischen Gründen gegen soziale und eugenische Indikation) -

Liszt, Lehrbuch 22. Aufl. S. 317; ähnlich Goldschmidt, Der Schutz des keimenden Lebens, Archiv für Kriminologie LXXIV S. 85 ff; Frank, Kommentar 1931, § 218 A VI; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht S. 470; Beling, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes ZStW 1924 S. 237 (med. Indikation!)

Anm. 5: Grotjahn-Radbruch a. a. O; Aschrott-Kohlrausch, Die Reform des Strafrechts 1926 S. 309 ff; für Freigabe während der drei ersten Monate der Schwangerschaft. Bedenken gegen soziale und ethische Indikation werden nur deshalb geäußert, weil der Arzt möglicherweise nicht in der Lage sei, die Situation zutreffend zu beurteilen. Ähnlich Löffler, bei Gleispach, Der deutsche Strafgesetzentwurf 1921 S. 45 f; auch Borcharding, Die Abtreibung der Leibesfrucht, Diss. Münster 1926

Anm. 6: So die meisten der oben zu Anm. 4 und 5 Genannten, freilich mit Differenzierungen. Gerland, a. a. O, räumt ein, daß sich schwer sagen lasse, wann die Leibesfrucht Menschenqualität erlange. Ebermayer, a. a. O, führt aus, Strafgrund der Abtreibung sei das bevölkerungspolitische Interesse, allerdings nicht allein sondern auch sittliche und religiöse Gründe. Darin dürfte eine Auffassung vom embryonalen Leben zum Ausdruck kommen, die in diesem eine Mittelstufe zwischen tierischem und menschlichem Leben sieht.

Unrechtsgehalt der Handlung sowie der Grund für ihre Strafwürdigkeit entweder im Verstoß gegen allgemeine Interessen bzw. Pflichten gegen die Allgemeinheit oder aber in der Gefährdung des Vorfeldes der Tötungsdelikte gesehen.

In der ersten Hälfte der zwanziger Jahre ging die Diskussion in der juristischen Wissenschaft wie auch in der Politik vorwiegend um den Vorschlag, die Schwangerschaftsunterbrechung in den ersten drei Monaten straffrei zu lassen. Er ist im juristischen Schrifttum insbesondere durch die Arbeit von Grotjahn - Radbruch: "Die Abtreibung der Leibesfrucht" erschienen 1921, mit großer Vehemenz vertreten worden, fand aber auch im übrigen vielfältige Unterstützung.

In der zweiten Hälfte der zwanziger Jahre, insbesondere seit der berühmten Entscheidung des Reichsgerichts zur medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung vom 11.3.1927 konzentrierte sich die Auseinandersetzung auf die sog. Indikationen, nicht zuletzt wohl deshalb, weil die Vorschläge Radbruchs kaum mehr Aussicht hatten, gesetzliche Anerkennung zu finden.

Die Entscheidung des Reichsgerichts wurde in der juristischen Literatur im Ergebnis damals allseits gebilligt und nur der methodische Weg gelegentlich einer Kritik unterzogen.⁷ Insbesondere schien die These von der Geringerwertigkeit des embryonalen Lebens unmittelbar einleuchtend.⁸

Bei einer Darstellung der sozialen Wertungen innerhalb der Juristenschaft nicht unerwähnt bleiben dürfen schließlich auch zwei Stellungnahmen von juristischen Vereinigungen bzw. Gremien zur Frage der Indikationen: Im Jahre 1926 hat sich der deutsche Richtertag in seiner Mehrheit für eine Zulassung der ethischen Indikation im Strafgesetzbuch ausgesprochen.⁹

Nach den Vorschlägen des jur. Referenten Graf zu Dohna hat die deutsche Landesgruppe der internationalen kriminalistischen Vereinigung (IKV) auf ihrer Frankfurter Tagung im Jahre 1932 die gesetzliche Anerkennung aller Indikationen gefordert; für die soziale Indikation ergab sich dabei allerdings nur eine

Nicht menschliche Qualität wird der Leibesfrucht auch bei Kohler GA Bd. 56/296 und auch bei Wachinger a. a. O. beigemessen. Der letztere vermeidet zwar ein offenes Votum für diese Auffassung, sie steht jedoch erkennbar hinter seiner Argumentation vom Wertunterschied zwischen den Gütern Leben der Mutter und Leben des Embryo.

Anm. 7: So etwa Ebethard Schmidt, Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand ZStW Bd. 49/362 ff, 1919

Anm. 8: Wenn gelegentlich von dem unterschiedlichen "Sozialwert" von Mensch und Embryo die Rede ist, so steht dahinter in aller Regel auch eine Verschiedenbewertung von Mensch und Embryo nach ihrer Seinsqualität, da auch im übrigen eine Verschiedenbewertung menschlichen Lebens nach seinem Sozialwert nicht erfolgt.

Anm. 9: LK 8. Aufl. § 218 A III e

knappe Mehrheit von 31 zu 21 Stimmen.¹⁰

2. Die Wertungen in der Ärzteschaft:

Weit mehr als vor dem Weltkrieg hat die Ärzteschaft in der Zeit von 1918 - 1933 in der Literatur wie auch durch ihre Standesvertretungen zur Abtreibungsfrage Stellung genommen, und dabei insbesondere zum Streit um die Indikation einen gewichtigen Beitrag geleistet.

Dabei hat sich gezeigt, daß die medizinisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung nahezu allgemein und zwar auch in sittlicher Hinsicht von der Ärzteschaft gebilligt und ihre gesetzliche Anerkennung gefordert wurde.¹¹

Auch die ethische und die eugenische Indikation fanden in der Ärzteschaft viele Befürworter, obwohl sich insbesondere bei der eugenischen Indikation viele Ärzte gegen ihre Zulassung aussprachen, weil sich die Erbkrankheit oft nicht mit genügender Sicherheit voraussagen lasse. Die soziale Indikation ist von der Ärzteschaft überwiegend abgelehnt worden. Die notwendige Beteiligung der Ärzte an derartigen Handlungen wurde von sehr vielen als spezifisch unärztlich und dem Standesethos des Arztes widersprechend bezeichnet: Der Arzt habe die Aufgabe, Leben zu erhalten, nicht aber Leben zu vernichten und seine Kunst dürfe nicht dahin erniedrigt werden, als Mittel zur Behebung sozialer Notstände zu dienen. Diese Notstände müßten in ihren Wurzeln geheilt, nicht aber in ihren Folgeerscheinungen bekämpft werden. Hierzu aber sei nicht der Arzt die berufene Instanz. Wie sehr geteilt aber selbst in dieser Frage die Wertung der Ärzteschaft war, zeigt eine Umfrage der Hamburger Ärztekammer aus dem Jahre 1930:^{11a}

Die Fragen lauteten:

Wünschen Sie die Anerkennung der eugenischen Indikation?

Indikation? 583 ja, 273 nein

Wünschen Sie die Anerkennung der sozialen

Indikation?

Als Mitberücksichtigung der sozialen Lage bei der medizinisch zweifelhaften Indikation?

691 ja, 178 nein

Anm. 10: Daß die soziale und auch die eugenische Indikation ganz allgemein von der Juristenschaft überwiegend gebilligt worden sei, wird man in Anbetracht der vielen ablehnenden Stimmen aus dem Ergebnis dieser Abstimmung indessen nicht mitnehmen können. Über die Tagung der IKV berichtet Grünhuf ZStW LII S. 763; auch Mitt IKV Bd. 6 und 7 (1932) / 62 ff.

Anm. 11: Eine hiervon abweichende Haltung ist wohl nur von Ärzten vertreten worden, die sich an die kirchliche Stellungnahme gebunden fühlten. In der medizinischen Literatur scheint diese kirchliche Wertung nur sehr selten verteidigt worden zu sein.

Anm. 11a: Mitgeteilt durch H. Wagner, bei Hauer, Einer sachliche Aussprache, ein Beitrag zur Diskussion um § 218, 1931

als rein soziale Indikation?	339 ja,	517 nein
Bei nachgewiesener Notzucht oder nachgewiesenem Inzest?	810 ja,	56 nein
Bei Jugendlichen bis zum 16. Lebensjahr?	607 ja,	243 nein
Beim Vorhandensein von mindestens 4 Kindern?	418 ja,	437 nein
Bei zu rascher Folge der Schwangerschaften?	497 ja,	360 nein
Bei Frauen über 40 Jahren	353 ja,	491 nein

Nach dieser Umfrage, deren Ergebnis freilich, wenn überhaupt, nur mit großer Vorsicht verallgemeinert werden kann,¹² hat sich zwar ein Übergewicht von fast 200 Stimmen gegen die rein soziale Indikation ergeben, dieses Übergewicht ist dann aber in einem konkreten Fall der sozialen Indikation (Vorhandensein von mindestens vier Kindern!) auf einige wenige Stimmen zusammengeschrumpft. Die Umfrage zeigt im übrigen auch, wie groß die Zahl der Befürworter der eugenischen und ethischen Indikation war.¹³

Ärztetage und ärztliche Standesvertretungen nahmen bald für, bald gegen eine großzügige gesetzliche Zulassung der verschiedenen Indikationen Stellung: J. Marcuse,¹⁴ selbst einer der eifrigsten Verfechter einer Lockerung des Abtreibungsverbotes, berichtet von einem Beschluß des Ärztetages in Wien aus dem Jahre 1924, der sich für eine Zulassung der sozialen Indikation ausgesprochen habe, während Schaeffer und Wagner¹⁵ gegenteilige Entschlüsse des sächsischen bzw. bayerischen Ärztetages von 1927 bzw. 1930 mitteilen. Großes Aufsehen und Zustimmung in Ärztekreisen erregten die Veröffentlichungen von Max Hirsch,¹⁶ der sich für eine Zulassung sogar der sozialen Indikation einsetzte, wie auch von Vollmann,¹⁷ der die Notwendigkeit des Abtreibungsverbotes zu begründen suchte. Ebermayer¹⁸ führt ablehnende Stellungnahmen einzelner namhafter Ärzte insbesondere zur sozialen Indikation an. Die Berliner Ärztekammer habe, so berichtet er, im Dezember 1928 beschlossen, daß bei der gesundheitlichen Indikationsstellung auch soziale Umstände mitberücksichtigt wer-

Anm. 12: Es darf nicht außer Acht gelassen werden, daß die Umfrage in einer Großstadt veranstaltet wurde und daß die befragten Ärzte sehr wahrscheinlich überwiegend der protestantischen Konfessionen angehörten, sofern sie sich überhaupt kirchlich zugehörig fühlten.

Anm. 13: Die größte Zahl von Befürwortern fand sich für die ethische Indikation. Der kleine Rest von Neinstimmen dürfte sehr wahrscheinlich den Prozentsatz der Ärzte darstellen, der bereits dem Embryo Menschenqualität zuerkannte.

Anm. 14: Die Fruchtabtreibung in Gesetzgebung und ärztlichem Handeln 1925

Anm. 15: Schaeffer ZStW Bd. XXXXVII (1927) S. 64 ff

Anm. 16: Hirsch, ZSTW 38/494,

Anm. 17: Vollmann, Die Fruchtabtreibung als Volkskrankheit 1925, S. 61

Anm. 18: Ebermayer a. a. O

den sollten. Auch sei die Ärztekammer für die Zulassung der ehtischen und eugenischen Indikation eingetreten. Diese Beschlüsse der Berliner Ärztekammer seien jedoch vom Geschäftsausschuß des deutschen Ärztevereinsbundes wiederum als zu weitgehend kritisiert worden.

Roß¹⁹ teilt die Stellungnahmen einzelner ärztlicher Gesellschaften mit: Die Deutsche Gesellschaft für Naturheilkunde und die gynäkologische Gesellschaft Dresden wandten sich mit einer Eingabe an den Reichstag, in der sie gegen die gesetzliche Zulassung der sozialen Indikation Einwände erhoben. Die deutsche Gesellschaft für Rassenhygiene wies darauf hin, daß die Kenntnis der Vererbungsgesetze noch nicht fortgeschritten genug sei, damit die eugenische Indikation zugelassen werden könne. (Hauptversammlung in München 1925).

3. Die Wertung der Theologie und der Kirchen:

Aus Gründen der Klarheit vorgreifend sind bereits oben auf Seite 76 ff bestimmte Wertungen zur Frage der Abtreibung als solcher sowie der einzelnen Indikationen den beiden Kirchen zugeordnet worden. Was jedoch die Haltung der Kirchen speziell in der Zeit von 1918 - 1933 betrifft, so sei noch Folgendes ergänzt:

Die katholische Kirche hat die Pflicht des Staates betont, die Abtreibung zu bestrafen und hat sich wie schon vor 1918 gegen die Zulassung der Schwangerschaftsunterbrechung gleichgültig aus welcher Indikation gewandt. So in einem Gutachten von kirchenamtlicher Stelle, welches das Reichsgericht vor seiner Entscheidung zur medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung im Jan. 1927 erhielt hatte.²⁰ In der Enzyklika Casti Connubii erfolgte schließlich eine abschließende lehramtliche Stellungnahme durch den Papst selbst.²¹ Die kirchliche Auffassung vertrat auch der Deutsche Caritasverband in einer Denkschrift zur Reform des Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1927.²²

Denselben Standpunkt wie die katholische Kirche hat im wesentlichen auch der deutsche Protestantismus eingenommen. Wagner²³ berichtet von einem Schreiben des deutschen evangelischen Kirchenausschusses vom 12. 6. 1930 an den Reichstagsausschuß für die Strafrechtsreform, worin alle vier Indikationen einschließlich der medizinischen vom moraltheologischen Standpunkt aus verworfen werden. Die Bestrafung der Abtreibung wird mit der Begrün-

Anm. 19: Roß Monsch Krim Bd. XV (1929) S. 193

Anm. 20: Hiervon berichtet Wachinger a. a. O

Anm. 21: Casti Connubii n. 63 - 67

Anm. 22: Niedermeyer, HB Bd. III S. 253 ff

Anm. 23: Wagner, a. a. O

dung gefordert, es sei Aufgabe des Staates, die moralische Kontinuität zu sichern und das Volk vor der Gefahr sittlicher Verwirrung zu schützen. Das soziologische Argument²⁴ wurde ausdrücklich abgelehnt. Eine Darstellung dieser offiziellen, kirchenamtlichen Auffassung des Protestantismus findet sich etwa bei Lütgert.²⁵

Darauf, daß neben der kirchenamtlichen Auffassung teilweise auch eine andere Einstellung zum Indikationenproblem, insbesondere der medizinischen Indikation bestand, ist bereits oben hingewiesen worden.²⁶

4. Der Stand der Wertungen im politischen Bereich; in der Gesetzgebung und den Bestrebungen zur Reform des Strafgesetzbuches:

Die gesetzgebenden Organe der Weimarer Republik wurden gleich zu Beginn mit dem Problem der Abtreibung befaßt: Von der "Berliner Volksversammlung" wurde bereits im Februar 1919 an die Nationalversammlung eine Resolution mit der Forderung nach Zulassung der sozialen Indikation gerichtet. Im Reichstag zielte der Antrag der Unabhängigen vom 2. 7. 1920 auf eine Beseitigung der Strafbestimmungen gegen Abtreibung. Am 31. 7. des gleichen Jahres beantragten auch die Mehrheitssozialisten (Antrag Radbruch und Genossen) die Straffreistellung der Abtreibung während der ersten drei Monate bei Vor-
nahme durch einen Arzt usw. Beide Anträge verfielen der Ablehnung.

Der Entwurf zur Reform des Strafgesetzbuches von 1919 sah aber als Regelstrafe der Abtreibung und zwar auch der Dritt-Abtreibung nur noch Gefängnis vor. Das Festhalten an der Strafbestimmung wurde mit den schweren Schädigungen begründet, die bei einer Freigabe für das Volkswohl zu erwarten seien. Die Begründung wies ferner darauf hin, daß das Bewußtsein nicht immer lebendig sei, daß es sich bei der Abtreibung um eine dem Kindsmord verwandte Tat handele. Insbesondere in der ersten Zeit der Schwangerschaft rücke der Eingriff im Bewußtsein des Volkes in die Nähe der Maßnahmen zur Verhütung der Empfängnis.²⁷ Im übrigen ging der Entwurf von der Auffassung aus, daß die medizinisch-indizierte Schwangerschaftsunterbrechung durch die Notstandsvorschriften gerechtfertigt sei. Nur die ohne Einwilligung der Mutter vorgenommene Schwangerschaftsunterbrechung wurde in § 288 als unbefugte Heilbehandlung unter Strafe gestellt.

Der Entwurf Radbruch (Reichsratsvorlage) 1925 nahm im wesentlichen die

Anm. 24: Siehe oben S.

Anm. 25: Die Stellung der evangelischen Kirche, in Die medizinische Welt 1931, S. 971, zitiert nach Waider a. a. O

Anm. 26: Siehe oben S. 83

Anm. 27: Begründung (Denkschrift des Reichsjustizministeriums) S. 229

gleiche Haltung ein wie der Entwurf von 1919. Auch hier wurde das Festhalten an der Strafbestimmung ausschließlich mit bevölkerungspolitischen und gesundheitspolitischen Gesichtspunkten begründet, während das naturrechtliche Argument des schutzwürdigen subjektiven Lebensrechtes des Embryo nicht einmal erwähnt wurde.²⁸

Die Forderung nach Beseitigung der Zuchthausstrafe auch für Drittabtreibung wurde durch die Strafrechtsnovelle vom 18. 5. 1926 befriedigt. Sie ließ jedoch die systematische Stellung der Strafbestimmung unverändert.

Die Reichstagsvorlage von 1927 brachte noch neu die Möglichkeit eines Absehens von Strafe bei besonders leichten Fällen des Versuchs. § 254 regelte besonders die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischen Indikation, etwa im Sinne der Reichsgerichtsentscheidung RG 61/242. Die Abtreibung sollte auch dann nicht tatbestandsmäßig sein, wenn die Einwilligung der Schwangeren fehlte. Der Täter sollte dann vielmehr lediglich wegen unerlaubter Heilbehandlung bestraft werden.

Ähnlich wie die vorangegangenen Entwürfe lautete der Entwurf 1930 (nach den Beschlüssen der ersten Lesung der Vorlage im Reichstagsausschuß für die Strafrechtsreform). Ein im Jahre 1930 im Ausschuß eingebrachter Antrag der Kommunisten, teilweise unterstützt durch die Sozialdemokraten, der wiederum Freigabe der Abtreibung überhaupt vorsah, verfiel der Ablehnung. Das gleiche Schicksal erlitt ein Gesetzentwurf der nationalsozialistischen Fraktion, nach welchem die Abtreibung als Hemmung der natürlichen Fruchtbarkeit des deutschen Volkes als Rassenverrat geahndet werden sollte. Dieser Antrag kann als Vorspiel späterer nationalsozialistischer Reformbestrebungen angesehen werden.

Überblickt man die verschiedenen Reformvorschläge, so zeigt sich, daß die einschneidendsten Änderungsbestrebungen von den Parteien der Rechten und der Linken ausgingen.

Wenn die sozialistischen Parteien (oder jedenfalls doch ein großer Teil derselben) eine möglichst weitgehende Lockerung der Strafvorschriften gegen Abtreibung anstrebten, so kann dies nicht allein aus sozialpolitischen Erwägungen erklärt werden. Auch der Umstand, daß für viele Sozialisten eine Bestrafung der Abtreibung nicht mehr in das Zeitalter der Industrialisierung, der Kleinfamilie, der taug und gleichberechtigt im öffentlichen Leben mitwirkenden Frau zu passen schien, ist noch keine hinreichende Begründung. Man wird wohl auf die letzten Grundlagen der sozialistischen Ideologie und des traditionellen sozialistischen Gedankengutes zurückgreifen müssen, um eine befriedigende Antwort auf die Frage nach dem Grund der Einstellung der

Anm. 28: Amtliche Begründung S. 117

sozialistischen Parteien zur Abtreibungsbestrafung zu erhalten. Hier erweist es sich nun, daß eine stark individualistisch geprägte Auffassung von Ethik und Recht zu den Grundelementen sozialistischen Denkens gehört.²⁹ Die These vom Selbstbestimmungsrecht der Frau über den eigenen Körper aber entstammt solchem individualistischen Denken. Hinzu kommt, daß die Argumente der modernen Biologie gegen die Menschennatur des Embryo von einem Teil der Sozialisten als dem materialistischen Weltbild entsprechend gern akzeptiert wurden. (Womit freilich nicht behauptet werden soll, daß dies allgemein so gewesen sei!) - Wenn demgegenüber die extreme Rechte die Abtreibung allein als Delikt gegen Rasse und Volkstum begriff, so ist dies als Ausfluß eines extrem kollektivistischen Denkens anzusehen, das nicht nur etwaige Interessen der Mutter sondern auch den Eigenwert des Embryo selbst außer acht läßt. Es ist bekannt und bedarf keines näheren Hinweises, in welchem Maße Rasse und Volkstum in der nationalsozialistischen Ideologie zu Überwerten wurden.

Wie sehr kollektivistisches Rechtsdenken auch die Stellungnahme anderer Rechtsparteien beeinflusst hat, läßt sich vom heutigen Standpunkt aus schwer nachweisen und kann nur vermutet werden.

Berücksichtigt man dies alles, so hat Schaefer³⁰ recht, wenn er heute rückblickend feststellt, die Frage der Abtreibung habe seit je im Schnittpunkt individualistischer und kollektivistischer Strömungen gestanden, ja seine Feststellung gilt ganz allgemein über den politischen Bereich hinaus. Indessen ist damit die Auseinandersetzung noch nicht zur Gänze gekennzeichnet: Neben Individualismus und Kollektivismus hat noch eine dritte originäre Grundhaltung auf die Beurteilung der Abtreibung eingewirkt: Der Personalismus.³¹ Aus ihm ist die Auffassung entsprungen, der Embryo verdiene Schutz um seiner selbst willen, weil er Mensch und Person sei. Mag auch diese Auffassung in der Literatur und in den Reformvorschlägen bei weitem nicht so stark vertreten worden sein wie individualistische und kollektivistische Lösungsvorschläge, so hat sie doch wohl maßgeblichen Anteil daran gehabt, daß weder die Vorschläge, die Abtreibung freizugeben, noch auch diejenigen, ihr einen neuen Sinn als Delikt gegen Rasse und Volkstum zu unterlegen, Verwirklichung finden konnten. Im Parlament der Weimarer Zeit ist die personalistische Lösung der Abtreibungsfrage von Zentrum und Bayerischer Volkspartei insbesondere vertreten worden.³²

Anm. 29: Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 164; für die sozialistischen Vorstellungen von der modernen emanzipierten Frau in der neuen Gesellschaft bezeichnet ist die Schrift von A. Bebel: Die Frau und der Sozialismus, S. 375 insb.

Anm. 30: LK 1958, § 218 A I 1

Anm. 31: Auch Radbruch, Rechtsphilosophie S. 146 ff. übersieht den Personalismus bei der Darstellung der möglichen Rechts- und Staatsauffassungen.

Anm. 32: Die Grundhaltungen finden sich beim Einzelnen sicherlich oft nicht rein und unvermischt. So zeigt die Auffassung der Abtreibung als einer unfrom-

5. Der Stand der Wertungen in der Allgemeinheit:

Über den Stand der Wertungen in der Allgemeinheit sind damals wie heute die unterschiedlichsten Vermutungen angestellt worden. Es geht nicht an, aus der großen Zahl der Abtreibungen (die Zahl dürfte mit einigen Schwankungen bis heute im wesentlichen gleich geblieben sein!)^{32a} den Schluß zu ziehen, daß ein großer Teil des Volkes die Abtreibung überhaupt nicht als Unrecht angesehen habe. Es ist aber bereits oben in der Einleitung ausgeführt worden,³³ daß diese Tatsache sehr wohl einen Schluß auf weite Verbreitung einer Wertung erlaubt, welche die Abtreibung nicht als Mord und Tötung eines Menschen ansieht.

Daß diese Wertung jedoch im Volke überwogen habe, kann mit gutem Grund bezweifelt werden. Es ist eine verallgemeinerungsfähige Beobachtung, und sie gilt sicherlich auch für die Vergangenheit, daß das Volk den Unrechtsgehalt der Abtreibung in erster Linie in der Tötung des Kindes im Mutterleib sieht (sc. wo überhaupt ein lebendiges Unrechtsbewußtsein vorhanden ist), daß ihm aber eine Begründung des Unrechts aus einer Verletzung der Pflichten gegen Volk und Staat fremd und unanschaulich ist. Auch kann mit Sicherheit angenommen werden, daß die Lehre der Kirchen über das Wesen der Abtreibung von ihren praktizierenden Mitgliedern stets gebilligt wurde. - Im übrigen dürfte sich der Stand der Wertungen bei der breiten Masse des Volkes in der Weimarer Zeit vom heutigen Stand der Wertungen nur unwesentlich unterschieden haben. Um Wiederholungen zu vermeiden, sei daher auf die späteren Ausführungen zur Gegenwartswertung verwiesen.³⁴

men, weil lebensvernichtenden Handlung (wenngleich nicht Tötung eines Menschen!) noch Anklänge an den personalistischen Standpunkt.

Anm. 32a: Die Zahl der Verurteilungen ist im wesentlichen gleichgeblieben, vgl. Sauer, Kriminologie a. a. O.; Die Dunkelziffer dürfte damals wie heute etwa gleich liegen.

Anm. 33: Siehe Einleitung S. 21

Anm. 34: Dies gilt auch für den Stand der Wertungen zu den sog. Indikationsfällen. Jedoch dürfte die soziale Indikation unter dem Einfluß der wirtschaftlichen und politischen Unsicherheit der Weimarer Zeit damals im Volke mehr Anerkennung gefunden haben als heute. Auch sie dürfte indessen kaum überwiegend gebilligt worden sein.

Der Stand der Wertungen in der Zeit von 1933 - 1945

Was den Stand der Wertungen in der Zeit des sog. Dritten Reiches anlangt, so dürfte in Wahrheit keine bedeutsame Wertungsverschiebung gegenüber der Weimarer Zeit stattgefunden haben. Eine Zeit von 12 Jahren, von denen überdies 6 Kriegsjahre waren, ist zweifellos zu kurz, um die Anschauungen des Volkes in sittlichen Fragen zu ändern. Die materielle Bewertung der Abtreibung dürfte daher im großen ganzen dieselbe geblieben sein.¹ Worin sich allerdings ein Wandel abzeichnete war die öffentliche Meinung, auch wenn man trotz Diktatur und totalitärem Staat nicht behaupten kann, daß sie eindeutig nationalsozialistisches Gepräge getragen habe.

Die Haltung des Nationalsozialismus zum Problem der Abtreibung ist bereits gegen Ende des letzten Paragraphen kurz skizziert worden.² § 218 war eine der Strafbestimmungen, die politisch und ideologisch interessant waren. Es konnte nicht ausbleiben, daß sich über kurz oder lang die nationalsozialistische Auffassung vom Wesen des Deliktes auch auf die Reformbestrebungen im Strafrecht auswirken mußten und es ist eher ein Zeichen lang und zäh bewahrter Unabhängigkeit eines repräsentativen Teiles der Juristenschaft, wenn noch in der ersten Lesung des Entwurfs Gürtner von 1935 sich typisch nationalsozialistische Vorstellungen nicht unmittelbar auswirken konnten.³ Nachdem die Preussische Denkschrift zur Reform des Strafrechts aus dem Jahre 1933, wiederum vorgeschlagen hatte, die Abtreibung als Rassegefährdung zu bestrafen, bedeutete es viel, wenn der Entwurf Gürtner zunächst die Strafbestimmung gegen Abtreibung im Abschnitt über die Tötungsdelikte beließ. Erst in der zweiten Lesung im Jahre 1936 wurde das Abtreibungsverbot aus diesem Zusammenhang gelöst und in den neu gebildeten Abschnitt eingefügt, der die Überschrift "Angriffe gegen Rasse und Erbgut" trug.

Dies mag nicht zuletzt auf den mittlerweile erfolgten Erlaß der sog. Nürnberger

Anm. 1: Gewisse Schwankungen in den sozialen Wertungen sollen damit nicht in Abrede gestellt werden. Nur von einer nachhaltigen und allgemeinen Änderung der Wertungen kann nicht die Rede sein.

Anm. 2: Hinter der nationalsozialistischen Bewertung der Abtreibung sind u. a. auch bestimmte Vorstellungen "geopolitischer" Art zu erkennen, die Auffassung, daß der Bevölkerungsdruck die Richtung der politischen Entwicklung bestimme. Vgl. S. 100

Anm. 3: Anklänge an die nationalsozialistische Diktion in der Begründung dürfen ebensowenig wie bei vielen anderen Veröffentlichungen aus der damaligen Zeit zu vorschnellen Schlüssen auf die Konformität der Anschauungen mit denen des Regimes verleiten.

Gesetze und den psychischen Druck der Propagandawelle zurückzuführen sein, die ihnen nachfolgte. Der Bericht⁴ über die zweite Lesung gibt folgende Begründung für die neue Einordnung: "Durch die Zusammenfassung (der verschiedenen Straftatbestände) will die Strafrechtskommission zum Ausdruck bringen, daß alle Delikte dieses Abschnittes, insbesondere auch die Abtreibung und die unbefugte Sterilisation in ihrem Unrechtsgehalt fortan vornehmlich unter dem einheitlichen Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die rassischen Grundlagen der deutschen Volkskraft und gegen die staatlichen Maßnahmen zur Erb- und Rassenpflege gesehen werden dürfen." - Der Entwurf Gürtner wurde, wie bekannt, nicht Gesetz. Die systematische Einordnung des Tatbestandes blieb erhalten. Die Vorschläge des Gürtnerischen Entwurfs wurden nur insoweit verwirklicht, als mit der Novelle vom 18. 3. 1943 wiederum die Zuchthausstrafe als Regelstrafe bei Dritt-Abtreibung vorgesehen wurde.

Daß von einer Auffassung vom Wesen der Abtreibung aus, wie sie im Gürtnerischen Entwurf 1936 zum Ausdruck kommt, kein Weg zur Tolerierung der Schwangerschaftsunterbrechung aus sozialer Indikation führte, ist einsichtig. Ihre Anerkennung hätte überdies: das Eingeständnis der Unwirksamkeit der sozialpolitischen Bemühungen des Staates bedeutet, wozu sich ein totalitärer Staat naturgemäß schwer verstehen konnte. Tatsächlich war auch in wirtschaftlicher Hinsicht eine Konsolidierung der Verhältnisse jedenfalls insoweit eingetreten, als Vollbeschäftigung herrschte und die krassen Notstände der unmittelbaren Nachkriegszeit gelindert waren.

Einer grundsätzlich anderen Beurteilung konnte freilich der Vorschlag sicher sein, die Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischer Indikation zuzulassen.⁵ Immerhin brachten zunächst weder das Erbgesundheitsgesetz vom 14. 7. 1933 noch eine der beiden Lesungen des Gürtnerischen Entwurfs in der Großen Strafrechtskommission eine gesetzliche Sonderbestimmung oder jedenfalls den Vorschlag einer solchen. Als Grund hierfür gibt der Gürtnerische Entwurf an, die Vererbungswissenschaft sei noch nicht fortgeschritten genug, als daß die Gefahr eines Mißbrauchs der Sonderbestimmung ausgeschlossen werden könnte. Diese Bedenken wurden erst später fallengelassen, als mit der Einfügung des § 10 a in das Erbgesundheitsgesetz doch eine Ausnahmenvorschrift geschaffen wurde.⁶ Bis dahin ist immer wieder der Versuch unternommen worden, die Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischer Indikation unter dem Gesichtspunkt der Güter- und Pflichtenabwägung zu rechtfertigen.

Anm. 4: Gürtner, Das kommende deutsche Strafr. S. 116 (1936) Berichterstatter: Prof. Schaffstein.

Anm. 5: Vgl. Schaffstein a. a. O.

Anm. 6: Novelle vom 26. 6. 1935

tigen. Am eindrucksvollsten geschah dies wohl durch Dahm.⁷

Die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation wurde bei Vornahme durch einen Arzt durch § 14 des Erbgesundheitsgesetzes für gerechtfertigt erklärt. Die Stellung dieser Bestimmung im Erbgesundheitsgesetz ergibt, (nicht im Strafgesetzbuch!) daß es das Nichtzutreffen rassepflegerischer Hinderungsgründe war, welches für die Freistellung maßgeblich wurde.

Die ethische Indikation wurde in der Begründung des Gürtnerschen Entwurfs deshalb abgelehnt, weil in hohem Maße die Gefahr eines Mißbrauchs bestehe.

Als einen wesentlichen Schritt zur offiziellen Anerkennung einer weiteren "rassischen Indikation" wird man den Erlaß des Reichsjustizministers vom 8. 3. 1943⁸ ansehen müssen, worin Abtreibungen von und an Ausländern und Juden der Strafverfolgung entzogen wurden.

Anm. 7: Deutsches Strafrecht 1934 S. 209

Anm. 8: Zitiert nach Maurach DT S. 52

Der Stand der Wertungen in der Gegenwart

1. In der Juristenschaft:

Der Stand der Wertungen innerhalb der Juristenschaft weist ein etwas anderes Bild auf als in den Zeitabschnitten vorher. In der juristischen Literatur wird verhältnismäßig oft die Ansicht vertreten, daß der Embryo bereits Mensch und Person sei, und die Abtreibung daher als echtes Tötungsdelikt betrachtet werden müsse. Auch abgesehen davon wird die Strafwürdigkeit der Abtreibung nur selten allein mit bevölkerungspolitischen oder gesundheitspolitischen Gesichtspunkten begründet, sondern es wird ein Eigenwert des "werdenden Lebens" anerkannt. Der Vorschlag, die Bestrafung der Abtreibung entweder überhaupt fallen zu lassen oder doch entscheidend zu lockern, wird kaum mehr gemacht. Man wird diesen teilweisen Wertungswandel, der im übrigen nicht auf die Juristenschaft beschränkt ist, in Zusammenhang bringen dürfen einmal mit der Renaissance naturrechtlichen Denkens in der Gegenwart, zum anderen aber wohl auch mit der zunehmenden Verbreitung der Erkenntnisse der modernen Naturwissenschaft, die wichtige Argumente für die Annahme einer qualitativen Verschiedenheit des Embryo von allen eventuellen tierischen Vorstufen des Menschen geliefert hat.

a. Das verfassungsrechtliche Schrifttum:

Während noch der Kommentar von Anschütz zur Weimarer Verfassung nicht auf die Frage einging, ob dem Embryo ein eigenes Recht auf Leben zustehe, ist dieses Problem im verfassungsrechtlichen Schrifttum der Gegenwart regelmäßig bei der Besprechung der Artikel 1 und 2 GG abgehandelt worden. Dabei überwiegt heute die Auffassung, daß auch der Embryo bereits als Mensch und Träger des Grundrechts auf Leben anzusehen sei. So u. a. Mangoldt-Klein,¹ Giese,² Nipperdey,³ Maunz,⁴ Dürig in Maunz - Dürig.⁵ Die gegen-
 teilige Auffassung wird vertreten durch Hamann⁶ und Wernicke,⁷ zweifelnd Kern.⁸

Auf das Indikationenproblem geht von allen Genannten aber nur Dürig ein. Wegen des Gesetzesvorbehaltes in Art. 2 GG bestehe zwar keine Verpflich-

Anm. 1: Das Bonner Grundgesetz A V 1 und 2 zu Art. 2

Anm. 2: Das Grundgesetz, Erl. V 1 zu Art. 2 GG

Anm. 3: In Neumann - Nipperdey - Scheuner II S. 3/4

Anm. 4: Staatsrecht, 9. Aufl. S. 97/98

Anm. 5: Kommentar zum GG 1. Aufl. Art. 2 Abs. 2 A 21

Anm. 6: Das Grundgesetz, S. 85

Anm. 7: Bonner Kommentar Erl. II 2 b zu Art. 2

Anm. 8: HB der Grundrechte S. 59 (Neumann - Nipperdey - Scheuner)

tung des Gesetzgebers zu lückenlosem Schutz des Lebensrechtes, jedoch sei die Sperrform des Art. 19 Abs. 2 GG zu berücksichtigen, die es verbiete, den Wesensgehalt der Grundrechte anzutasten. Hieraus ergebe sich die Unzulässigkeit der gesetzlichen Anerkennung jedenfalls der sozialen, ethischen und eugenischen Indikation. Zur Rechtfertigung der medizinisch-indizierten Schwangerschaftsunterbrechung könne das Güterabwägungsprinzip nur bedingt herangezogen werden, da es sich auf beiden Seiten um menschliches Leben handle. Keinesfalls sei die Gesundheit der Mutter als überwertiges Gut anzusehen. § 14 des Erbschuldengesetzes sei jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als es die Schwangerschaftsunterbrechung auch bei einer bloßen Gesundheitsgefährdung der Mutter gestatte, denn hierdurch seien die embryonalen Grundrechte in ihrem Wesensgehalt verletzt. Auch im übrigen stoße die Anerkennung der medizinischen Indikation auf Grund ungeschriebener Rechtsgrundsätze auf erhebliche formale und grundrechtssystematische Bedenken,⁹ und lasse sich die Zulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung bei alleiniger Möglichkeit der Rettung des Lebens der Mutter oder des Kindes allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Pflichtenabwägung, auch hier aber nicht ohne Zweifel im Hinblick auf Art. 19 Abs. 2, rechtfertigen.

b. Das juristische Schrifttum im übrigen:

Die Auffassung, daß es sich bei der Abtreibung um die Tötung eines Menschen handle, wird u. a. von Peters,¹⁰ Waider,¹¹ Martin,¹² Engelhardt,¹³ Kienzle,¹⁴ Malaniuk,¹⁵ und wohl auch Welzel¹⁶ vertreten. Die gesetzliche Anerkennung der sogenannten Indikationen wird in der Regel abgelehnt, auch wenn die meisten der genannten Autoren auf einer Bestrafung der Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation nicht beharren.

Die Mittelmeinung, daß es sich beim Embryo zwar noch nicht um einen Menschen wohl aber um ein Wesen handle, das im Begriffe stehe ein solcher zu

Anm. 9: Im Hinblick auf die Erfordernisse des Art. 2 Abs. 2 Satz 3. Danach sei ein Eingriff nur auf Grund formellen Gesetzes möglich.

Anm. 10: So in einem Vortrag auf einer Tagung der katholischen Akademie in Bayern zu Fragen der Strafrechtsreform, November 1960

Anm. 11: a. a. O S. 416 insbesondere

Anm. 12: NJW 1959/468

Anm. 13: FamRZ 58/269

Anm. 14: Goltd. A 57/74

Anm. 15: Die Abtreibung und verwandte Delikte als Rechtsproblem S. 25 und 67 insbesondere. Die Darstellung von Malaniuk geht vom österreichischen Recht aus.

Anm. 16: Lehrbuch S. 221

werden und dadurch vom Tier qualitativ unterschieden sei, wird am klarsten bei Maurach¹⁷ vertreten, wenn er schreibt, geschütztes Rechtsgut in § 218 sei das "werdende Leben", nicht aber ein rein transpersonales Gut wie das populationistische Interesse oder die Volkskraft. Jedoch bestehe noch immer ein bedeutsamer Wertunterschied zwischen fertigem und werdendem Leben, weshalb die Behandlung der Abtreibung in einer eigenen Deliktsgruppe erfolgen solle.

Die gleiche Auffassung findet sich etwa bei Mezger,¹⁸ Schönke-Schröder,¹⁹ Sauer,²⁰ Kohlrausch-Lange,²¹ Engisch²², ebenso wohl auch Schaefer²³, der den Embryo aber offenbar bereits nicht mehr als allein um seiner selbst willen schutzwürdiges Gut ansieht.

Eine weitgehende Lockerung des Abtreibungsverbotes (Freigabe in den ersten drei Monaten) wurde in der neueren Literatur von Koch²⁴ und Zillmer²⁵ empfohlen. Der Sinn der Abtreibungsbestrafung wird allein in bevölkerungs- und gesundheitspolitischen Erwägungen gesehen, wobei die Meinung vertreten wird, daß es heute angesichts der Situation Deutschlands keinen Sinn habe, den Bevölkerungsnachwuchs durch Strafvorschriften wie § 218 zu sichern.

Ähnlichen Gedankengängen folgend nennt Fritz Bauer²⁶ eine auf quantitative Bevölkerungsvermehrung gerichtete Staatspolitik als den entscheidenden Grund für die Kriminalisierung der Abtreibung.

c. Die Bestrafung der Abtreibung war Gegenstand der Erörterungen auf dem Juristentag von 1952. Zu Abstimmungen und Entschließungen irgendwelcher Art ist es nicht gekommen. In der strafrechtlichen Abteilung des 39. Deutschen Juristentages 1952 hat RA H. Ackermann als Referent²⁷ empfohlen, die Strafdrohung für Abtreibung zu mildern und die medizinische, eugenische und ethische Indikation gesetzlich anzuerkennen. Sehe man, so führte er aus, die Leibesfrucht als Keim des sich entwickelnden Menschenlebens und ihr Recht auf das Geborenwerden als das geschützte Rechtsgut an, so müsse

Anm. 17: Lehrbuch BT S. 49

Anm. 18: Grundriß BT S. 31 ff

Anm. 19: (1961) § 218 Anm. 1

Anm. 20: System BT 254

Anm. 21: (1961) § 218 Anm. 1

Anm. 22: bei Stich-Bauer S. 134 ff

Anm. 23: LK 1958 § 218 A 1

Anm. 24: NJW 1959/2294

Anm. 25: NJW 1958/2099

Anm. 26: Das Verbrechen und die Gesellschaft S. 10

Anm. 27: Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages, Strafrechtliche Abteilung, 1952, S. 58 ff

man sich fragen, ob dieses wirklich in so hohem Maße schützenswert sei, wie weithin angenommen werde. Der Unterschied zwischen Empfängnisverhütung und der Vernichtung eines noch lebensunfähigen Foetus sei nicht so groß, daß in dem einen Falle Straflosigkeit, in dem anderen Zuchthaus am Platze wäre. Auch lasse sich fraglos darüber streiten, ob es etwas Positives und Erlebenwertes sei, gegen den Willen der Mutter und ohne ihre Liebe auf eine vielfach fragwürdige Welt zu kommen. Wesentlich schutzwürdiger erscheine daher in § 218 das Rechtsgut der Volksgesundheit.

d. Die Wertung der Praxis

Das beste Indiz für die Wertung der juristischen Praxis ist die im allgemeinen sehr milde Strafpraxis der Gerichte. Obwohl Unterlagen aus der neuesten Zeit nicht allgemein zugänglich sind, kann angenommen werden, daß die durchschnittliche Strafhöhe wohl noch geringer ist als in den zwanziger Jahren. Zum Vergleich sei nochmals auf die oben S. 92 Anm. 2 wiedergegebene Aufstellung von Sauer verwiesen. Kennzeichnend für eine in der Praxis herrschende Tendenz zu milderer Beurteilung ist auch eine Umfrage innerhalb der deutschen Richterschaft (ca. 1300 Befragte) aus Anlaß der Strafrechtsreform, bei der sich eine klare Mehrheit für eine Ermäßigung des Strafrahmens aussprach. (Zum Ergebnis der Umfrage vgl. Protokolle der großen Strafrechtskommission Bd. 7 S. 107/108) Aus all dem wird man den Schluß ziehen können, daß auch in der Richterschaft die Abtreibung nicht eigentlich als Tötungsdelikt gewertet wird.

2. In der Ärzteschaft:

Auch hier hat sich ähnlich wie im juristischen Bereich die Zahl derjenigen vermehrt, welche in der Abtreibung die Tötung eines Menschen sehen. In diesem Sinne stellunggenommen hat etwa der Internationale Kongreß katholischer Ärzte in München im Jahr 1960.^{27a} Als repräsentativ für die Wertung weiter Teile der Ärzteschaft sind die gutachtlichen Äußerungen verschiedener ärztlicher Gesellschaften zu Fragen der Strafrechtsreform anzusehen, die sich im allgemeinen gegen die Anerkennung zu weitgehender Indikationen zur Schwangerschaftsunterbrechung aussprechen.²⁸ Die Billigung der Schwangerschaftsunterbrechung aus

Anm. 27a: Vgl. Bayerisches Ärzteblatt 1960, S. 263

Anm. 28: Die Prof. Villinger und Erhardt fordern für die deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenheilkunde die Anerkennung der medizinischen und sozialmedizinischen Indikation. Die rein soziale Indikation wird als unärztlich abgelehnt. Der Gutachter vom psychiatrischen Standpunkt, Oberarzt Dr. Ziehen, befürwortet die Zulassung der medizinischen, ethischen und eugenischen Indikation. Prof. Böhrner von der deutschen Gesellschaft für gerichtliche und soziale Medizin bejaht die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer und ethischer Indikation. Prof. Naujoks befürwortet für die deutsche Gesellschaft für

medizinischer Indikation ist allerdings auch heute noch fast allgemein. Selbst Ärzte, welche die Menschennatur des Embryo bejahen, halten sie u. U. für sittlich und rechtlich einwandfrei.²⁹ Meist wird gleichzeitig auch die sog. sozialmedizinische Indikation gebilligt. Häufig wird daneben die Anerkennung der ethischen, seltener der eugenischen, fast nie der sozialen Indikation befürwortet.

3. Die kirchliche Wertung:

Die Haltung der Theologie und der Kirchen zur Frage der Abtreibung sowie der einzelnen Indikationen ist im wesentlichen unverändert geblieben. Es ist nur noch eine weitere Präzisierung der Standpunkte erfolgt.

Für die katholische Kirche hat Papst Pius XII in einer Ansprache vor katholischen Hebammen vom 29. 10. 1951³⁰ die medizinisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung erneut als sittenwidrig und schwer sündhaft bezeichnet. Der katholische Standpunkt zur Abtreibung und den verschiedenen Indikation ist ferner in zahlreichen Veröffentlichungen vertreten worden. Hier seien nur diejenigen von Egenter,³¹ Häring,³² Algermissen,³³ Mausbach-Ermecke,³⁴ Niedermeyer³⁵ und W. Rauch³⁶ genannt.

Die katholischen Bischöfe haben, ebenso wie die protestantischen Kirchenleitungen, ihre Auffassung vom Wesen der Abtreibung als eines echten Tötungsdeliktes und ihre grundsätzliche Ablehnung der Anerkennung von Indikationen zur Schwangerschaftsunterbrechung anlässlich der Reformarbeiten zum Strafgesetzbuch vorgetragen.³⁷

Die Haltung der evangelischen Kirche kommt deutlich in den Gynäkologie die Zulassung nur der medizinischen Indikation. Frau Dr. Grete Albrecht tritt für den deutschen Ärztinnenbund für die eugenische, ethische und medizinische Indikation ein. Prof. Mitscherlich von der deutschen Gesellschaft für Psychotherapie und Tiefenpsychologie will die Schwangerschaftsunterbrechung auch bei schweren seelischen Fehlhaltungen der Mutter im Hinblick auf die hieraus resultierende Gefährdung einer ungestörten Mutter - Kind - Beziehung zulassen. Praktisch kommt dieser Vorschlag einer Aufhebung des Abtreibungsverbotes gleich. - In mehreren Stellungnahmen fällt auf, daß der drohende Selbstmord der Schwangeren nicht als Grund für die medizinische Indikation angesehen wird. Die Gefahr müsse, so wird ausgeführt, durch eine zwangsweise Verwahrung der Mutter behoben werden. - Die gutachtlichen Stellungnahmen sind enthalten in der Druckschrift: "Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag." Bonn 1958

Anm. 29: Etwa Paul Martini, Hochland a. a. O

von Waider³⁸ angeführten kirchenamtlichen Stellungnahmen zum Ausdruck: Die evangelische Kirchenleitung von Westfalen hat in einer Resolution vom 25. 9. 47 ausgesprochen: "Wir können das allgemeine Recht einer medizinischen Indikation nicht anerkennen. Eine abweichende Entscheidung muß der Arzt in der Einsamkeit seines Gewissens vor Gott verantworten." Die evangelische Kirche der Nordrheinprovinz hat sich dem angeschlossen. Die gemeinsame Stellungnahme wurde dem Ministerpräsidenten von Nordrhein-Westfalen übermittelt. In dem Schreiben an ihn heißt es wörtlich: "Wir geben zu, daß es derzeit leider gesetzgeberisch notwendig ist, diejenigen Ärzte straffrei zu lassen, die gemäß ihrer ernstesten ärztlichen Überzeugung um des Lebens oder der Gesundheit der Mutter willen die Frucht töten. Um so notwendiger erscheint es aber, daß einer Entwicklung vorgebeugt wird, die das ärztliche Gewissen dahin zu binden versucht, daß der Eingriff als das Normale, die Unterlassung aber als schuldhaft angesehen wird."

Auf dem Gynäkologenkongreß in Düsseldorf im Mai 1948 erklärte der Vizepräsident des kirchlichen Außenamtes der EDK, Stratenwerth, ein Arzt, der eine Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation vornehmen, befindet sich außerhalb der Deckung durch das Gebot Gottes.³⁹

An weiteren Stimmen aus dem protestantischen Bereich sind zu nennen: Giesen⁴⁰, Barth⁴¹ und Bonhoeffer^{42, 43}

Anm. 30: AAS 43/p 838 1951

Anm. 31: Hochland 45 (1952) S. 341 ff

Anm. 32: Das Gesetz Christi S. 1008 ff

Anm. 33: Das werdende Menschenleben im Schutze der christlichen Ethik, zur Auseinandersetzung um § 218

Anm. 34: Katholische Moraltheologie Bd. III S. 81 - 83

Anm. 35: Niedermeyer, HB III 141 - 253

Anm. 36: W. Rauch, Probleme der Eugenik im Lichte der christlichen Ethik

Anm. 37: Die Stellungnahmen sind soweit ersichtlich nicht veröffentlicht. Ihr Inhalt wurde jedoch auf der Tagung der katholischen Akademie in Bayern zu Fragen der Strafrechtsreform im November 1960 mitgeteilt.

Anm. 38: a. a. O S. 396 ff

Anm. 39: Zitiert nach Waider a. a. O S. 402

Anm. 40: Giesen, Schwangerschaftsunterbrechung

Anm. 41: Dogmatik, Bd. III/4 S. 473 ff, S. 479 insbesondere

Anm. 42: Ethik, S. 118/19, Anm. 6 insbesondere

Anm. 43: Waider glaubt feststellen zu können, daß bei den protestantischen Theologen zwischen der objektiven und der subjektiven Seite der Handlung unterschieden werde. In objektiver Hinsicht werde die Geltung des 5. Gebotes auch für die Abtreibung allgemein bejaht. Nur in subjektiver Hinsicht werde mehr oder weniger stark die Bedeutung der Gewissensentscheidung betont. Er ist der Ansicht, daß nach ganz überwiegender protestantischer Ansicht auch bei sorg-

4. Die Wertungen in der Politik und den strafrechtlichen Reformbestrebungen:

Anders als in den Jahren von 1918 - 1945 ist heute die Frage der Bestrafung der Abtreibung nicht eigentlich ein Politicum. Die Parteien haben bis jetzt offiziell noch nicht Stellung genommen. Allerdings sind wohl solche Stellungnahmen in Bälde zu erwarten und zwar, sobald die Debatte in den Ausschüssen des Bundestages wirklich angelaufen ist.

Der Entwurf 1960 sieht als Regelstrafe für Abtreibung nunmehr Gefängnis vor. Die Strafvorschrift, die anstelle des bisherigen § 218 treten soll, § 140 d. E. wurde aus dem Zusammenhang der eigentlichen Tötungsdelikte herausgenommen und unter einen zweiten Titel "Straftaten gegen das werdende Leben" gestellt.

Im 4. Titel unter der Überschrift: "Ärztliche Eingriffe" wird in § 157 ausgesprochen, daß die Abtreibung der Leibesfrucht durch einen Arzt nicht unter § 140 falle, wenn der Eingriff nach den Erkenntnissen der Heilkunde erfolge und nur durch ihn die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung von der Mutter abgewehrt werden könne. § 162 bestraft jedoch den Eingriff als eigenmächtige Heilbehandlung, wenn die Einwilligung der Frau fehlte und der Arzt es schuldhaft versäumte, sie einzuholen. Eine in den Vorschlägen der Großen Strafrechtskommission ursprünglich vorgesehene Ausnahmenvorschrift für die ehtisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung enthält der Regierungsentwurf nicht mehr.

In der amtlichen Begründung wird auf Seite 261 ausgeführt, daß für die Rechtsordnung ein Wertunterschied zwischen dem in das Leben eingetretenen Menschen, gegen dessen Tötung sich die Tötungsdelikte im engeren Sinne richteten, und dem Leben des Embryo bestehe. Diesem Wertunterschied habe der Entwurf durch eine verschiedene Ausgestaltung der Strafdrohungen sowie durch die Einfügung einer Ausnahmenvorschrift für die Fälle der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung Rechnung tragen wollen. Die Wertung des keimenden Lebens in der Ethik werde dadurch nicht berührt. Im übrigen werde die Strafvorschrift gegen Abtreibung als Schutzvorschrift für individuelle Rechte aufgefaßt.

Die Herabsetzung der Regelstrafe wird damit begründet, daß eine hohe Strafdrohung den Wertungen der Allgemeinheit widerspreche.

Zusammenfassend wird man sagen können, daß der Entwurf 1960 im Grunde von der Auffassung ausgeht, daß der Embryo noch nicht Mensch und Person

fältigster Gewissensentscheidung höchstens die Schuld in manchen Einzelfällen niemals aber die "Rechtswidrigkeit" ausgeschlossen sei.

sei und ein seinsmäßig - qualitativer Unterschied zwischen menschlichem und embryonalem Leben bestehe. Die Herausnahme der Strafbestimmung aus dem Zusammenhang der Tötungsdelikte beweist dies. Es kann nicht angenommen werden, daß den Mitgliedern der Strafrechtskommission die Verschiedenheit des Sozialwertes allein als ausreichender Grund für eine solche Regelung erschien.⁴⁴ Der Entwurf sucht damit einen Mittelweg zwischen der eigentlich ethisch - naturrechtlichen und der bevölkerungspolitischen Begründung des Abtreibungsverbotes.

5. Die Wertungen in der Allgemeinheit

Wie schon für die Weimarer Zeit kann auch für die Gegenwart das Überwiegen weder derjenigen Wertung festgestellt werden, nach der die Abtreibung Tötung eines Menschen ist, noch auch das der gegenteiligen Auffassung. Wie groß die Zahl derer ist, welche die Abtreibung nicht eigentlich als Tötungsdelikt ansehen, ergibt sich u. a. auch aus einer Umfrage des Allensbacher Instituts für Demoskopie aus dem Jahre 1949.⁴⁵

Die Frage lautete:

"Es ist seit Kriegsende sehr viel über den § 218 StGB gesprochen worden. Wenn darüber eine Volksabstimmung stattfände, wofür würden Sie stimmen?"

Anm. 44: Wenn in der Begründung die Wendung gebraucht wurde, durch eine rechtliche Verschiedenbewertung von Mensch und Embryo bleibe die Wertung des keimenden Lebens in der Ethik unberührt, so wird damit zunächst eine Selbstverständlichkeit ausgesprochen: Der Gesetzgeber wird nie ethische Forderungen außer Kraft setzen können. Die Wendung besagt aber mehr: Was mit ihr zum Ausdruck gebracht werden sollte, war wohl der Gedanke, daß das Recht mit seinen Sanktionen nicht immer so weit gehen müsse wie die Forderungen des Sittengesetzes reichen. So billigenswert dieser Gedanke an sich ist, so wird er doch kaum für diejenigen, welche dem Embryo bereits Menschen-natur beimessen, eine hinreichende Begründung für eine gesetzliche Wertdifferenzierung darstellen können. Es läßt sich nämlich dagegen vorbringen, daß auf Grund dieser Überlegung doch keineswegs dem Recht wie auch der Ethik vorgegebene Sachstrukturen außer Acht bleiben können und ferner, daß Recht und Ethik jedenfalls für einen gewissen Kernbereich nicht auseinanderfallen dürfen, soll das Recht Recht bleiben und der Staat seinen Aufgaben genügen. Dies ist in der Literatur immer wieder betont worden, nachdem bereits das Reichsgericht in RG 61/242 ff eine ähnliche Wendung gebraucht hatte. Vgl. etwa Waider S. 400 ff

Anm. 45: Jahrbuch für öffentliche Meinung (1947-55) Stichwort Abtreibung.

Für Abschaffung	16 %
Für Beibehaltung	36 %
Für Lockerung	39 %
Für Verschärfung	8 %
Keine Meinung	1 %
	100 %

Nach dem Ergebnis dieser Umfrage haben sich 55 % für eine **Abschaffung** oder **Lockerung** des Verbotes ausgesprochen, was dann nicht vorstellbar wäre, wenn sie die **Abtreibung** als Tötung eines Menschen empfunden hätten. Bis zu welchem Grade freilich die Umfrage als repräsentativ zu betrachten ist, entzieht sich der Kenntnis des Verfassers.⁴⁶

Man wird aber nicht annehmen können, daß sich die Wertungen seit der Weimarer Zeit weiter zugunsten der **Auffassung** verschoben hätten, daß es sich bei der **Abtreibung** nicht um die Tötung eines Menschen handle. - Nach wie vor wird der Unrechtsgehalt der **Abtreibung** überwiegend in der Tötung des Kindes im Mutterleib gesehen, wo überhaupt ein ernstes Gefühl für das Unrecht der Tat vorhanden ist.

Sicherlich nicht ohne Einfluß auf das **Abebben** von Bestrebungen, die eine **Abschaffung** oder entscheidende **Lockerung** der Strafbestimmung forderten, war die fortschreitende Konsolidierung der äußeren und inneren Verhältnisse seit Kriegsende.⁴⁷

Sehr schwer abschätzen läßt sich, ob die im wissenschaftlichen Bereich stark fühlbare Tendenz, die Bestrafung der **Abtreibung** aus naturrechtlichen Gedankengängen zu rechtfertigen, **Auswirkungen** auch auf die Wertung der

Anm. 46: An der Fundstelle sind weder die Zahl der Befragten noch die näheren Umstände der Befragung angegeben. Man wird im übrigen bei Meinungsumfragen in starkem Maße das Überraschungsmoment in Rechnung ziehen müssen: Bei weitem nicht jeder Befragte wird den Gegenstand der Frage durchdacht haben und über eine fertige Wertung verfügen. Seine Stellungnahme ist das Ergebnis eines raschen Entschlusses, und entspricht möglicherweise gar nicht der "wahren" Wertung, zu der der Befragte bei näherem Nachdenken gekommen wäre. Dies muß sich besonders stark bei den Fragen um die **Abtreibung** auswirken, wo die **Anerkennung** der Menschennatur des Embryo Nachdenken und Überlegung in hohem Maße voraussetzt und die Personhaftigkeit nicht wie beim fertigen Menschen unmittelbar anschaulich vor Augen tritt.

Anm. 47: Aus dem Jahrbuch für öffentliche Meinung sei ferner eine Umfrage zur idealen Größe der Familie mitgeteilt, weil sich hieraus ein gewisser Schluß auf die "Kinderfreudigkeit" ergibt: Im Jahre 1955 wünschten sich 10 % 1 Kind, 51 % 2 Kinder, 23 % 3 Kinder, 9 % 4 Kinder, 2 % 5 Kinder und mehr, 4 % kein Kind.

Allgemeinheit entfaltete. Dies kann nicht schlechthin verneint werden. Möglicherweise wird aber ein solches Denken, genährt durch einige Erkenntnisse der modernen Naturwissenschaften, in Zukunft eine weit stärkere Popularisierung und Verbreitung finden. In wie starkem Maße wissenschaftliche Theorien die sozialen Wertungen beeinflussen können, hat sich in der Bereitwilligkeit gezeigt, mit der um die Jahrhundertwende und in den Jahrzehnten nachher in volkstümlicher Form die biologischen Forschungsergebnisse von Darwin und Haeckel in breiten Schichten Interesse und Aufnahme fanden.

Die Schwierigkeit, das Überwiegen der einen oder anderen sozialen Wertung festzustellen, zeigt sich auch bei den Indikationsfällen, insbesondere bei der sozialen und eugenischen Indikation. Lediglich für die medizinische Indikation wird man das deutliche Überwiegen einer Wertung behaupten können, die in ihr kein sittliches oder rechtliches Unrecht sieht. Den Kirchen dürfte hier die Mehrzahl ihrer Mitglieder nicht folgen. Die überwiegende Billigung der medizinischen Indikation ergibt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, daß in vielen gynäkologischen Kliniken die Schwangerschaftsunterbrechung in einer solchen Lage vorgenommen wird und die Patienten dem Eingriff in aller Regel zustimmen. - Was die ethische Indikation anlangt, so kann das Überwiegen einer billigenden Auffassung nicht mit der gleichen Wahrscheinlichkeit behauptet werden. Sicher ist, daß die betroffene Frau ganz allgemein auf ein tiefes Mitgefühl rechnen kann. Dies wird viele zu einer zunächst bejahenden Haltung bewegen. Es ist aber gerade hier nicht sicher, daß diese erste, mehr gefühlsmäßige Wertung einer späteren näheren Überlegung standhält. Die Grundauffassung vom Wesen der Abtreibung wird hier wesentlich stärker als bei der medizinischen Indikation auch die Beurteilung des Sonderfalles bestimmen.

5. Kapitel

Die Rechtsprechung zu § 218

§ 1 Überblick

Die Rechtsprechung zu § 218 hat nur einige wenige Themen behandelt, bei denen wiederum nur zu einem Teil Wertungsfragen von Bedeutung werden konnten. Dies war eigentlich nur bei drei Themenkreisen der Fall:

- a. Bei den Entscheidungen, die sich mit einer näheren Auslegung des Tatbestandes, insbesondere des Merkmals der "Leibesfrucht" befaßten.
- b. bei den Entscheidungen zu den sogenannten Indikationen, insbesondere der medizinischen Indikation
- c. bei den Urteilen zu der Frage, wann eine Abtreibungshandlung in Idealkonkurrenz zu anderen Delikten, insbesondere den Tötungsdelikten im engeren Sinne, treten könne und ob Fortsetzungszusammenhang zwischen mehreren Abtreibungshandlungen möglich sei.

Eine Sichtung der Rechtsprechung zu diesen drei Themenkreisen ergibt, daß die Urteile in starkem Maße durch die zugrundeliegenden Gutsvorstellungen bestimmt wurden. Auf sie soll zunächst eingegangen werden.

§ 2 Die Gutsvorstellungen in der Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung teilt ganz überwiegend diejenige Auffassung vom Wesen der Leibesfrucht, die in ihr noch nicht eine menschliche Person sieht und wertet entsprechend ihre Tötung nicht als eigentliches Tötungsdelikt. Eine Annäherung an die gegenteilige Ansicht zeigen eigentlich nur zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes aus neuerer Zeit, ohne daß man freilich von einer eindeutigen neuen Linie in der Rechtsprechung reden könnte. Zu keiner Zeit hat imübrigen die Rechtsprechung den Embryo als bloßen Teil des mütterlichen Leibes und nicht als eigenes, wenngleich unselbständiges Lebewesen angesehen. RG 41/328 und OGH NJW 1950/195 können nicht in diesem Sinne gedeutet werden, sondern wollen nur besagen, daß die Einbettung des Embryo in den mütterlichen Organismus einen besonderen Schutz unnötig mache, wenn gleichzeitig ein Angriff gegen die Mutter selbst erfolge.

Die Auffassung vom Wesen des Embryo, von der die Gerichte jeweils ausgingen, ergibt sich aus den Aussagen über das in § 218 geschützte Rechtsgut. In den letzten Jahrzehnten ist in stets wiederkehrender formelhafter Wendung als Rechtsgut des § 218 die "Leibesfrucht als Keim der sich ent-

wickelnden Persönlichkeit" bezeichnet worden. Bis in die unmittelbare Gegenwart ist in keiner Entscheidung "das Leben des Kindes im Mutterleib" oder "das Leben des werdenden Menschens" als Rechtsgut genannt worden, was eine Anerkennung der Abtreibung als eines echten Tötungsdelikts bedeutet hätte. Ebensowenig allerdings ist offen eine rein bevölkerungspolitische Sinngebung versucht worden. Das bevölkerungspolitische Interesse oder ein anderes transpersonales Rechtsgut wurden nirgends in der Rechtsprechung als alleiniger Grund der Bestrafung bezeichnet.¹

Im einzelnen:

Die Entscheidung RG 41/328 befaßte sich erstmals gründlicher mit der Frage nach dem Rechtsgut des § 218. Anlaß zu der Entscheidung gab ein Fall, in dem die Mutter den Tod des Kindes nicht überlebt hatte und in dem zweifelhaft war, ob für eine Bestrafung wegen Abtreibung bei dieser Sachlage noch Raum sei. Das Reichsgericht verneinte dies und zwar mit der Begründung, daß das Rechtsgut des § 218 die Leibesfrucht anzusehen sei, diese aber als Rechtssubjekt nur kraft einer *F i k t i o n* in Betracht komme und diese Fiktion nicht so weit reiche, um eine Bestrafung wegen Abtreibung auch dann zu rechtfertigen, wenn die Mutter selbst nicht überlebe. (sc. eine Bestrafung des Dritten). - Diese Entscheidung ist seinerzeit viel bestritten worden und zwar vor allem wegen der Behandlung der **Leibesfrucht** als fiktives Rechtssubjekt, was nicht wenigen als ein zu starkes Entgegenkommen gegenüber der Lehre von der personalen Natur der Leibesfrucht erschien. In Wirklichkeit war die Entscheidung wohl eher ein Ausfluß zivilistischen Denkens im Strafrecht, insofern nämlich, als die Auffassung, § 218 enthalte eine Fiktion, an die Regelung in § 1922 BGB erinnert. Gerade die Kennzeichnung der Leibesfrucht als nur fiktives Rechtssubjekt zeigt, daß diese nicht als Mensch und Person betrachtet wird. Die Entscheidung ist somit noch immer weit davon entfernt, dem Embryo das gleiche Recht auf Leben zuzuerkennen wie dem fertigen Menschen.

In der Entscheidung RG 55/99 wird erstmals die Formel von der Leibesfrucht als dem Keim der sich entwickelnden Persönlichkeit geprägt, deren Leben

Anm. 1: In manchen dieser Entscheidungen wird freilich der Eindruck erweckt, als liege eine Verwechslung von Angriffsobjekt und Rechtsgut vor. Rechtsgut ist das eigentliche Gut oder der sittliche Wert, dessen Schutz eine Vorschrift letztlich dient, Angriffsobjekt dagegen der Gegenstand, an dem die Wirkung eines Angriffs primär ansetzt. Daß die Leibesfrucht Angriffsobjekt ist, kann nicht zweifelhaft sein. Daß ihr Leben Rechtsgut ist, wird nur derjenige annehmen, der in ihr entweder einen Menschen und damit ein Rechtssubjekt sieht, oder dies zwar nicht tut, ihr aber gleichwohl einen Eigenwert zuerkennt.

Rechtsgut des § 218 StGB sein soll. Entsprechend verneint das Gericht die Möglichkeit, daß mehrere Abtreibungshandlungen, sei es auch nur an derselben Frau in Fortsetzungszusammenhang stehen könnten. Diese Entscheidung wäre nicht verständlich, wenn das Gericht den Unrechtsgehalt der Abtreibung allein in der Verletzung transpersonaler Güter und Interessen gesehen hätte. Gleichwohl wird auch hier die Leibesfrucht nicht als eigentlich menschliches Wesen begriffen.

Eine ähnliche Auffassung vom Wesen der Leibesfrucht und dem in § 218 geschützten Rechtsgut kommt in den Entscheidungen RG 61/242; 62/137; 67/206²; BGH 1/278; 1/329; 2/111; 2/242; 3/7 zum Ausdruck. Dies wird besonders deutlich in der berühmten Entscheidung RG 61/242, die in ihrer Rechtsgutsauffassung zur Grundlage der gesamten späteren Rechtsprechung zu § 218 StGB geworden ist. Auch in ihr wird die Leibesfrucht als Keim der sich entwickelnden Persönlichkeit als Rechtsgut bezeichnet. Es wird deutlich hervorgehoben, daß ein Wertunterschied zwischen menschlichem und embryonalem Leben bestehe und es kann nicht angenommen werden, daß das Gericht damit nur auf eine geringere Nützlichkeit für die Gesellschaft (Sozialwert) hinweisen wollte.³

Dem Gericht schien der Wert embryonalen Lebens sogar so weit unter dem des fertigen Menschenlebens zu liegen, daß es auch dessen Gesundheit als höherwertiges Gut ansah. Gleichwohl wurde dem Embryo noch ein Eigenwert zuerkannt und das Abtreibungsverbot nicht nur mit transpersonalen Interessen gerechtfertigt.

Die Entscheidung RG 61/242 zeigt auch deutlicher als die übrigen Urteile den Einfluß der sozialen Wertungen auf den Rechtsgutsbegriff. In der Begründung wird zwar ausgeführt, daß der Maßstab für die Güterabwägung dem positiven Recht zu entnehmen sei, aber Wachinger,⁴ der es als Redaktor der Entscheidung ja wissen muß, hat später darauf hingewiesen, das Gericht habe auch die maßgeblichen kulturellen Anschauungen zum positiven Recht gerechnet und sie bei der Güterabwägung entsprechend berücksichtigt. Von hier aus wird auch die Bezugnahme der Gründe auf die Strafdrohungen

Anm. 2: In dieser Entscheidung wird die Auffassung von RG 41/323 aufgegeben, eine Bestrafung wegen Abtreibung komme nicht in Frage, wenn gleichzeitig ein Angriff gegen Leben und Gesundheit der Mutter erfolgt.

Anm. 3: Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, Frankfestgabe S. 471 ff

Anm. 4: Die Begründung der Entscheidung mit dem Hinweis auf die verschiedene Schwere der Strafdrohungen bei Totschlag und schwerer Körperverletzung einerseits, Abtreibung andererseits, ist immer wieder auf Kritik gestoßen, weil man sie nicht allein für ausreichend hielt.

in §§ 211/12, 218, 224 verständlicher. In ihnen hat das Gericht ein Indiz für den Stand der Wertungen gesehen.

Während der Zeit des sog. Dritten Reiches sind Grundsatzentscheidungen zu § 218 nicht ergangen. Die Entscheidungen RG 72/59, 164, 404;74/22 und 76/323 betonen bevölkerungspolitische und rassepflegerische Gesichtspunkte nicht so stark, als daß man der Auffassung sein könnte, das Reichsgericht habe sie als eigentlichen Grund für die Bestrafung der Abtreibung angesehen.

Ein grundsätzlicher Wandel in den Gutsauffassungen deutet sich dagegen möglicherweise in den Entscheidungen BGH 10/5 vom 20.11.1956 und 10/291 vom 18.6.1957 an. (Beide Entscheidungen stammen vom 5. Strafsenat.) Nach der erstgenannten Entscheidung liegt eine Abtreibung vor, wenn künstlich die vorzeitige Geburt eines Kindes herbeigeführt wird, dieses zunächst lebt, aber bald stirbt, weil es noch nicht lebensfähig war. Die Entscheidung bezeichnet als Leibesfrucht den noch nicht geborenen, erst werdenden Menschen, gleichgültig ob er reif sei oder nicht. Erst wenn der Mutterleib versuche, die Frucht auszustoßen, werde diese zum Menschen. (so schon früh RG 26/178).

BGH 10/291 spricht aus, daß Tötung eines Menschen vorliege, wenn infolge einer Abtreibungsbehandlung ein lebendes Kind zur Welt komme und dieses darauf gewaltsam getötet werde. Dies soll auch dann gelten, wenn das Kind ohnedies noch nicht selbständig lebensfähig gewesen wäre. Entscheidend für die Erlangung der Menschennatur ist nach dem BGH allein, ob das Kind, sei es auch nur für kurze Augenblicke, unabhängig von der Mutter fortzuleben imstande war.

Ausdrücklich wird die Auffassung der Revisionsbegründung zurückgewiesen, daß eine Leibesfrucht bis zu einem gewissen Alter rechtsgrundsätzlich nur Gegenstand der Abtreibung, nicht aber des Totschlags sein könne. Bis zu welchem Zeitpunkt in der Entwicklung des keimenden Lebens immer nur von einer Leibesfrucht, nicht aber von einem Menschen gesprochen werden könne, möge sich schwer sagen lassen, brauche aber auch zunächst nicht entschieden zu werden, da nach § 217 StGB ein Mensch immer dann vorhanden sei, wenn es zur Geburt eines lebendigen Wesens komme, das von menschlichen Eltern abstamme. Auch bei einer künstlich herbeigeführten Frühgeburt handele es sich um eine Geburt im medizinischen und rechtlichen Sinne. -

Die genannten beiden Urteile enthalten erstmals die Feststellung, daß die Geburt als formales Merkmal nicht geeignet sei, eine Qualitätsänderung des Lebens herbeizuführen und daß auch die nur für kurze Zeit lebensfähige Früh- oder gar Fehlgeburt (vor der 28. Woche der Schwangerschaft) qualitativ als Mensch zu betrachten sei.

Embryonales und nachgeburdliches Leben erscheinen somit als Stadien in der Entwicklung ein und desselben Lebewesens, ohne daß durch die Geburt eine

Qualitätsänderung bewirkt würde.

Es bleibt abzuwarten, ob diese Urteile in der Rechtsprechung Nachahmung finden und sich insbesondere auf den Indikationenstreit auswirken werden. Die Entscheidung BGH 13/21 hält ein Tötungsdelikt jedenfalls dann für gegeben, wenn ein vorzeitig geborenes lebensfähiges Kind getötet wird. Die Frage, ob dasselbe auch dann gelte, wenn die Frucht noch nicht lebensfähig sei, läßt der Senat dahingestellt.

§ 3 Die Beurteilung des Handlungswertes in der Rechtsprechung, insbesondere bei den sog. Indikationsfällen:

1. Den Auffassungen vom Wesen der Leibesfrucht und dem in § 218 geschützten Rechtsgut entsprach die Beurteilung des Handlungswertes: Die Abtreibung wurde, wenn man von den zuletzt zitierten Entscheidungen des BGH absieht, nicht eigentlich als Tötung eines Menschen und daher nicht als echtes Tötungsdelikt behandelt. Sie scheint im allgemeinen der oben S. 78 - 86 umschriebenen Mittelmeinung gefolgt zu sein, nach der die Abtreibung vor allem das Vorfeld der Tötungsdelikte schützt, daneben aber auch die Bewahrung allgemeiner Güter dient, wie etwa der Erhaltung eines gesunden Altersaufbaues der Bevölkerung, der Volksgesundheit wie auch der Aufrechterhaltung der sexuellen Sittlichkeit. Diese Beurteilung des Handlungswertes erscheint bis zu einem gewissen Grade als Kompromiß zwischen den beiden Grundauffassungen der Abtreibung als eines Tötungsdelikts und einer Zuwiderhandlung gegen das bevölkerungspolitische Interesse.

2. Aus der grundsätzlichen Beurteilung des Handlungswertes wird auch die Rechtsprechung zu den sog. Indikationen, insbesondere der medizinischen Indikation voll verständlich: Den Fall der medizinischen Indikation hatte das Reichsgericht zunächst allein auf der Grundlage der gesetzlichen Notstandsbestimmungen zu lösen versucht, insbesondere mit Hilfe des § 54 StGB. Zum Verständnis dieser Rechtsprechung muß darauf hingewiesen werden, daß bis zu der grundlegenden Entscheidung RG 61/242 die Rechtsnatur des § 54 umstritten war. Die Bestimmung wurde von den einen als Rechtfertigungsgrund, von den anderen als Schuld- oder Strafausschließungsgrund angesehen. (Vgl. in diesem Zusammenhang etwa die Entscheidungen RG 60/88 und 57/268). Als erste bedeutende Entscheidung in diesem Zusammenhang ist RG 36/334 zu nennen. Sie betraf einen Fall der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung: Eine Ehefrau wußte, daß eine neue Schwangerschaft für sie die Gefahr des Verlustes des Lebens mit sich bringen würde. Sie wurde erneut schwanger und die Schwangerschaft wurde

von einem Arzt unterbrochen. Das Reichsgericht, zu dem der Prozeß schließlich gelangte, hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob sich ein Rechtfertigungsgrund finden lasse. § 54 StGB schien dem Reichsgericht die Möglichkeit einer Rechtfertigung auch des ärztlichen Verhaltens zu bieten. Problematisch war aber, ob der Notstand unverschuldet eingetreten sei. Das Gericht verneinte ein Verschulden, da man nicht dauernd die höchsten Anforderungen an die Willenskraft der Eheleute stellen und dauernde Enthaltensamkeit verlangen dürfe. Ein auch für das Recht zureichendes Verschulden könne in ihrem Verhalten jedenfalls nicht gefunden werden. Die Entscheidung ist in doppelter Weise ininteressant: Einmal wird hier bei der Auslegung eines gesetzlichen Merkmals der Gedanke der Zumutbarkeit herangezogen, zum anderen votiert die Entscheidung bei der Notlage der medizinischen Indikation auch dort für die Mütter, wo diese die Notstandslage selbst in Kenntnis der Gefahr herbeigeführt hat. Hierdurch wurde der Weg zur späteren Entscheidung RG 61/242 geebnet. Die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation wird im übrigen auch in RG 60/88 sowie in einem Urteil des V. Senats vom 8. 6. 1923⁵ unter dem Gesichtspunkt des Notstandes nach § 54 für gerechtfertigt erklärt. Die Entscheidung RG 61/242 selbst schließlich ist in zahlreichen Veröffentlichungen besprochen worden: Die Grundüberlegung, aus der die Rechtmäßigkeit der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung hergeleitet wird, ist allgemein bekannt. Es ist der Grundsatz der Güterabwägung, nach welchem ein geringerwertiges Gut dem höherwertigen zu weichen hat, wenn eine Erhaltung des höherwertigen nur auf Kosten des geringeren möglich ist. Das Urteil weist nach, daß der Grundsatz der Güter und Pflichtenabwägung auch schon vorher immer wieder in der Rechtsprechung zur Anwendung gebracht worden sei. Im Falle der medizinischen Indikation war dies indessen noch niemals geschehen und noch nie zuvor waren die Rechtsgüter: Leben des fertigen Menschen und Leben des Embryo einander unmittelbar zur Abwägung gegenübergestellt worden. Zwar hatten bereits RG 41/328 und 55/99 menschliches und embryonales Leben unterschieden, ein Qualitätsunterschied zwischen beiden Rechtsgütern wurde aber erst durch RG 61/242 in aller Schärfe betont.

Die Entscheidung wurde zum Kernpunkt der Rechtsprechung zu § 218 und hat die Vorstellungen vom Wesen des Deliktes nicht nur innerhalb der Juristenschaft entscheidend geprägt. Sie beruht, wie bereits festgestellt wurde, vor allem auf den sozialen Wertungen, denen das Gericht seine Gutsvorstellungen entnommen hat. Dagegen läßt die Entscheidung ein Eingehen auf die naturwissenschaftlichen, philosophischen und theologischen Argumente für und gegen die Menschennatur des Embryo ebenso vermissen wie fast alle später zu § 218 ergangenen Entscheidungen bis zur Gegenwart. (So etwa RG 62/137; BGH 1/128; 1/329; 2/111; 2/242; 3/7; 14/1 einschränkend).

Anm. 5: Zitiert in RG 61/242

Die Fälle der ethischen, eugenischen und sozialen Indikation sind in der Rechtsprechung der Obergerichte nur sehr selten behandelt.

Auch in der Zeit der weitesten Verbreitung bevölkerungspolitischer und rassepflegerischer Gedankengänge, im Dritten Reich, haben die ordentlichen Gerichte die eugenisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung ausdrücklich nie als rechtens anerkannt. Allerdings waren für Fälle dieser Art nach 1933 die Erbgesundheitsgerichte zuständig. Sie haben in einigen Entscheidungen auch schon vor der später erfolgten gesetzlichen Anerkennung der eugenischen Indikation deren Rechtfertigung mit Hilfe des Grundsatzes der Güterabwägung analog RG 61/242 begründet.⁶

Eine ausdrückliche Ablehnung aller Indikationsstellungen außer der medizinischen enthalten RG 61/242 und BGH 2/381.

§ 4 Zusammenfassung

Der Einfluß sozialer Anschauungen und Wertungen auf die Rechtsprechung bestand bei der Abtreibung vor allem darin, daß die sozialen Wertungen den Rechtsgutsbegriff entscheidend mitgeprägt haben. Der in den Jahrzehnten seit der Jahrhundertwende weithin stattgefundene Wertungswandel hat darin seinen Niederschlag gefunden.

Dieser Wertungswandel, von dem sich freilich nicht sagen ließ, welches Ausmaß er eigentlich erreicht habe, hat auch die Rechtfertigung des Falles der medizinisch-indizierten Schwangerschaftsunterbrechung mit Hilfe des Güterabwägungsprinzips ermöglicht.

Der Sache, wenn auch nicht den Worten nach, ist vom Reichsgericht in RG 61/242 das Vorliegen einer sekundären Rechtslücke auf Grund Wertungswandels angenommen worden. Wenn auch das Gericht wohl zu Unrecht eine allgemeine Differenzierung in der Bewertung menschlichen und embryonalen Lebens angenommen hat, so konnte es sich doch im Falle der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung auf eine weit überwiegende Wertung stützen, die in ihr entweder kein sittliches Unrecht sah oder doch wenigstens eine strafrechtliche Reaktion nicht für angemessen hielt.

Die Entscheidung RG 61/242 muß auf dem Hintergrund der lebhaften Auseinandersetzungen um § 218 in der Weimarer Zeit gesehen werden. Nachdem der Gesetzgeber zu einer eindeutigen Haltung nicht kam, entstand für die Rechtsprechung mehr und mehr das Bedürfnis, sich über den Sinngehalt des Deliktes klar zu werden und damit eine Richtschnur für die

Anm. 6: Über weitere Urteile vgl. LK 1958 § 218 A III e

Judikatur zu gewinnen. Allerdings war die medizinische Indikation als Grenzfall der Schwangerschaftsunterbrechung hierzu wenig geeignet. Die gesamte Rechtsprechung zu § 218 geriet nämlich in der Folge von RG 61/242 in eine Position, die das Problem des § 218 vom Rande her anging. Wesentlich geeigneter für eine Grundsatzentscheidung wäre ein Fall gewesen, bei dem ähnlich wie in der oben zitierten Entscheidung BGH 10/291 die Notwendigkeit bestanden hätte, eine Abgrenzung zwischen § 218 und einem Tötungstatbestand im engeren Sinne vorzunehmen.⁷

Anm. 7: Trotz des teilweisen Wandels in der Auffassung vom Wesen der Leibesfrucht hat man nicht den Weg beschritten, die Fälle der medizinischen und eugenischen Indikation allein dadurch aus dem Bereich des Strafbaren auszuscheiden, daß man bereits die Tatbestandsmäßigkeit derartiger Handlungen geleugnet hätte. Dies wäre rechtskonstruktionsmäßig an sich möglich gewesen, sofern man als Rechtsgut des § 218 offen nur das bevölkerungspolitische Interesse bezeichnet hätte.

III. Abschnitt

DIE KÖRPERVERLETZUNG

Einführung

Ähnlich wie bei den Tötungsdelikten war die sittliche Verwerflichkeit und Strafwürdigkeit der eigentlichen Rohheitsstaten bei der Körperverletzung nie zweifelhaft und ist die Frage nach dem Stande der sozialen Wertungen und deren Einfluß auf die Rechtsprechung daher nur bei solchen Fallgruppen sinnvoll und lohnend, die durch besondere Umstände oder Beweggründe ausgezeichnet sind und außerhalb des üblichen Erscheinungsbildes der Körperverletzung liegen. Es handelt sich hier im wesentlichen um folgende Fälle:

Den ärztlichen Eingriff im Rahmen einer Heilbehandlung, die kosmetische Operation, Unfruchtbarmachung, Menschenversuche, Sportverletzungen, Mensur und körperliche Züchtigung von Kindern und Jugendlichen, sei es in der Schule, im Elternhaus oder durch Dritte.

Alle diese Fälle waren immer wieder Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen in der juristischen Literatur, allen voran der ärztliche Eingriff und das Züchtigungsrecht des Lehrers. Wenn hier nochmals auf diese Fragen eingegangen wird, so hat dies seinen Grund darin, daß diese Arbeit nicht "Lösungen" und "richtige Standpunkte" erarbeiten will - zu vielen der genannten Fragen ließe sich etwas wirklich Neues kaum beitragen - sondern daß hier in erster Linie die verschiedenen wertenden Äußerungen registriert werden sollen. Zum anderen ist es dem Verfasser ein Anliegen, durch eine Betrachtung der sozialen Wertschätzung des Rechtsgutes der körperlichen Integrität die Menschenbilder deutlicher werden zu lassen, die hinter den speziellen sittlichen und strafrechtlichen Wertungen stehen. Schließlich beschränkt sich die Betrachtung der vielen einzelnen Probleme auf die Feststellung der sozialen Wertungen in groben Zügen. Ihnen soll nämlich wegen der Fülle der Fragen nur soweit nachgegangen werden, als dies nötig ist um ihren Einfluß auf die Rechtsprechung in den Griff zu bekommen.

1. Kapitel

Einzelfälle der Körperverletzung mit Ausnahme der Züchtigung

§ 1

Der ärztliche Eingriff zum Zwecke der Heilbehandlung

Beim ärztlichen Eingriff treten zwei Wertungsfragen auf: Einmal diejenige, ob der ärztliche Eingriff als etwas von der Körperverletzung im übrigen wesentlich Verschiedenes aufgefaßt werden kann und die weitere, ob ein Verfügungsrecht des einzelnen über seinen Körper besteht, welche Grenzen ihm gesetzt sind und welche Auswirkungen dies auf die Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient zeitigt.

Die erste Wertungsfrage dürfte jedem juristischen Laien als rein rhetorisch erscheinen: Niemand wird es einfallen, den Arzt mit einem Schläger oder Messerstecher auf eine Stufe zu stellen, allein deshalb, weil in beiden Fällen äußerlich betrachtet die gleiche Einwirkung auf den Körper des Betroffenen erfolgt. (Dies kann ohne nähere Untersuchungen unterstellt werden, da diese Wertung Gegenstand der unmittelbaren räglichen Erfahrung ist¹). Was es bei diesem Sachverhalt einer völlig einheitlichen Bewertung gleichwohl notwendig erscheinen läßt, sich den Stand der Wertungen ins Bewußtsein zu rufen, ist die juristische Theorie und Praxis, die bis heute überwiegend an der Auffassung festgehalten hat, auch der lege artis zu Heilzwecken durchgeführte Eingriff sei, selbst erfolgreich verlaufen, tatbestandsmäßige Körperverletzung, die nur durch Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden könne.

Der Stand der Meinungen in der juristischen Wissenschaft ergibt folgendes Bild: In den ersten Jahrzehnten nach dem Erlaß des Strafgesetzbuches glaubte man überwiegend auch den ärztlichen Eingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung ansehen zu müssen. Noch in den Beratungen der Reformkommission der Jahre 1911–1913 war keine Mehrheit dafür zu finden, in den neuen Entwurf des Strafgesetzbuches eine besondere Vorschrift aufzunehmen, durch welche die ärztliche Operation aus dem Bereich der tatbestandsmäßigen Körperverletzung ausgenommen werden sollte.² Erst im Laufe der zwanziger Jahre gewann die gegenteilige Auffassung zusehends an Boden. In der Strafrechtswissenschaft wurde sie insbesondere durch Beling³, Frank⁴, Engisch⁵ und Eb. Schmidt⁶ for-

Anm. 1: So auch Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 148 ff

Anm. 2: vgl. Ebermayer, JW 1930 II S. 1549 Anm. 3: ZSTW 44/220 ff (1924)

Anm. 4: Kommentar 1931 II 3 vor § 223

Anm. 5: ZStW 58/1 ff und bei Stich: Bauer, Fehler und Gefahren der chir. Operation S. 1337 mit weiteren Literaturhinweisen.

muliert und begründet. Die Genannten leugnen die Tatbestandsmäßigkeit der lege artis ausgeführten Operation mit der Begründung, daß für die Frage der Tatbestandsmäßigkeit der soziale Sinngehalt eines Handelns in Betracht zu ziehen sei. Dieser Sinngehalt aber hebe den ärztlichen Eingriff zu Heilzwecken deutlich aus dem Kreis der Körperverletzungen heraus. An Kritik gegenüber der überkommenen Auffassung wird vorgebracht, daß sich ihr Handlungsbegriff zu sehr am äußeren Erscheinungsbild einer Handlung orientiere.⁷ In der modernen strafrechtlichen Literatur hat diese Ansicht im Ergebnis Unterstützung durch die Vertreter der finalen Handlungslehre gefunden, die, wie etwa Welzel⁸ und Maurach⁹ von ihrem Handlungsbegriff aus gleichfalls zu einer Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit gelangen. Nach ihnen determiniert der Heilzweck die ärztliche Handlung und unterscheidet sich diese eben durch ihre Zweckbestimmtheit von der strafrechtlich relevanten Körperverletzung.

Der im Vordringen begriffenen Auffassung, welche im ärztlichen Eingriff in Übereinstimmung mit der Wertung des täglichen Lebens keine tatbestandsmäßige Körperverletzung sieht, folgten die Entwürfe zur Strafrechtsreform seit dem Jahre 1925, so auch neuerdings der Entwurf 1960.¹⁰

Demgegenüber hat die ganz einheitliche höchstrichterliche Rechtsprechung bis heute an der Tatbestandsmäßigkeit auch der erfolgreichen und lege artis ausgeführten ärztlichen Operation festgehalten. So etwa in RG 2/442; RG 25/375; 38/34; 66/181; 74/960; BGH NJW 56/1106 (Elektroschockurteil); BGH NJW 58/267; BGH NJW 1959/814.

Die beständige Kritik der ärztlichen Standesvertretungen¹¹ hat an dieser Rechtsprechung ebenso wenig zu ändern vermocht wie der sich mehrende Widerspruch aus dem Bereich der juristischen Wissenschaft. Würdigt man diesen Sachverhalt, so wird man sagen müssen, daß für die Tatbestandsmäßigkeit der ärztlichen Operation die sozialen Wertungen ohne Einfluß auf die Rechtsprechung geblieben sind. Nun enthält freilich die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit erst ein vorläufiges Urteil über die Tat und man könnte den Einwand erheben, daß der positiven sozialen Bewertung des ärztlichen Handelns hinreichend Rechnung getra-

Anm. 6: bei Ponsold a. a. O S. 34 ff

Anm. 7: Engisch, ZStW Bd. 58/S. 5 (Sozialer Handlungsbegriff)

Anm. 8: Deutsches Strafrecht S. 227

Anm. 9: LB BT S. 71/72

Anm. 10: E 1925: § 238; E 1927: § 263; E 1936: § 427; E 1960: § 160

Anm. 11: So neuerdings wieder die Gutachten zu medizinischen Fragen der Strafrechtsreform. Auf ärztlichen Tagungen und Kongressen sind Reformforderungen unzählige Male vorgebracht worden. Man vgl. etwa die Rede des Präsidenten Dr. Sewering auf dem Bayer. Ärztetag in Reichenhall 1959 (Bayer. Ärzteblatt 1959/262)

gen werde, wenn die sozialen Wertungen auf der Ebene der Rechtswidrigkeitsfeststellung gebührende Berücksichtigung fänden. Der Einwand betont zu Recht, daß die Trennung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit eine juristische Denkform, die Tat aber etwas Einheitliches ist und, wie im Volksempfinden, letztlich doch einer einheitlichen Bewertung unterliegt. Immerhin kommt auch dem Urteil über die Tatbestandsmäßigkeit insofern eine eigene Bedeutung zu, als es für den Betroffenen, zumindest psychologisch gesehen, nicht gleichgültig ist, ob sein Tun als an - sich - strafbar angesehen wird oder nicht. Darüber hinaus fällt auch das praktische Interesse an der richtigen Handhabung der juristischen Begriffe ins Gewicht. Es war daher wohl legitim, die Frage nach dem Einfluß sozialer Wertungen speziell zur Tatbestandsmäßigkeit ärztlicher Heilbehandlung im Sinne der Körperverletzungstatbestände aufzuwerfen. Ein Einfluß war nicht festzustellen, vielmehr erscheint die Rechtsprechung als Ausfluß rein begrifflicher Konstruktionen (als Folge eines rein kausalen Handlungsbegriffs). Nicht zuletzt durften freilich auch praktische Erwägungen für die Rechtsprechung maßgebend gewesen sein: So die Notwendigkeit, die Fälle der eigenmächtigen Heilbehandlung zu poenalisieren, für die ein besonderer Straftatbestand in den Entwürfen zwar immer wieder vorgeschlagen wurde, dessen tatsächliche Einfügung aber immer wieder unterblieb.¹²

Die zweite bedeutende Wertungsfrage beim Recht des ärztlichen Eingriffs - Existenz und Umfang des Verfügungsrechts über den eigenen Körper - bezieht sich vornehmlich auf die Wertungen und die Rechtsprechung zu der Notwendigkeit und den Erfordernissen der Einwilligung des Patienten in die Heilbehandlung.

Wendet man sich zunächst den sozialen Wertungen zu, so wird man als Grundsatz wohl feststellen können, daß im sittlichen und rechtlichen Bewußtsein des Volkes ein Zwangsbehandlungsrecht des Staates abgesehen von den Fällen bestimmter gemeingefährlicher Krankheiten ebensowenig anerkannt wird wie ein Berufsrecht des Arztes zur Heilbehandlung: Das Verfügungsrecht über den eigenen Körper auch und gerade im Rahmen der Heilbehandlung wird als ursprüngliches und natürliches Recht in Anspruch genommen und verteidigt. Dieser Sachverhalt kann im Ernste nicht bezweifelt werden und bedarf daher auch an dieser Stelle keines Nachweises. Hingewiesen sei nur auf den geringen Widerhall, den Bestrebungen des Nationalsozialismus nach sich zogen, ein Zwangsbehandlungsrecht des Arztes im öffentlichen Interesse einzuführen.¹³

Anm. 12: E 1927: § 281; E 1936: § 439; E 1960: § 161

Anm. 13: Hiervon berichtet Erdsiek in NJW 1959 S. 807. Die Reichsärzte-

Fraglich kann nur sein, welche Grenzen dieses Selbstbestimmungsrecht des Patienten im allgemeinen Bewußtsein aufweist und wo darauf verzichtet wird, absolut und in jedem Punkt Herr des eigenen Schicksals zu sein. Diese Frage deckt sich teilweise mit der nach dem Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht. Die ärztliche Aufklärungspflicht ist denknotwendige Voraussetzung einer wirksamen Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten. Sie hat daher notwendig grundsätzlich den gleichen Umfang wie das Selbstbestimmungsrecht. Schätzungen darüber, welcher Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung zukommt, gehen weit auseinander. Man wird nicht leugnen können, daß das häufig von ärztlicher Seite gebrauchte Argument,¹⁴ eine völlige Aufklärung des Patienten könne wegen der Gefahr einer Schockwirkung diesem nur schaden und seinen Heilungswillen beeinträchtigen, weite Anhängerschaft genießt. In der Ärzteschaft dürften diese Bedenken gegen eine volle Aufklärung des Kranken nahezu allgemein geteilt werden. Es ist wohl durchaus herrschende klinische Praxis, einen unheilbar Schwerkranken über seinen eigentlichen Zustand im Unklaren zu lassen und auch vor einer kritischen Operation die Chancen für ein Gelingen nicht wahrheitsgemäß und offen mitzuteilen. Ein gegenteiliges Verhalten scheint geradezu als Kunstfehler betrachtet zu werden. Wie weit indessen diese Wertung verbreitet ist und wo nach allgemeiner Rechtsüberzeugung das Unterrichtsinteresse des Patienten den Vorzug verdient, läßt sich bis heute einwandfrei nicht nachweisen. Um hier Klarheit zu gewinnen, wäre es nötig, die Wertung eines größeren Personenkreises aufzusuchen. Als ein Mittel hierzu könnte neben der Befragung von Ärzten über ihre klinischen Erfahrungen auch die Umfrage eines Meinungsforschungsinstitutes dienen, wobei von einigen besonders typischen konkreten Fällen auszugehen wäre. Solange man indessen, wie noch heute, auf Schätzungen angewiesen ist, wird man gut daran tun, die Bedenken gegen eine Aufklärung des Patienten nicht zu überschätzen. Dem Menschen wohnt ein natürliches Bestreben inne, sich über seine Lage klar zu werden. Es äußert sich in der jedem Arzt wohlbekannten Frage des Patienten, was ihm eigentlich fehle. Daß schon in dieser Frage häufig die Angst vor einer negativen Antwort mitschwingt,

ordnung von 1935 habe dem Arzt die öffentlich rechtliche Pflicht zur Erhaltung der Volksgesundheit auferlegt und das Reichsgericht habe in der Entscheidung RGZ 151/349 bei Vorliegen eines überragenden öffentlichen Interesses ein Behandlungsgeschäft des Arztes auch ohne Zustimmung des Patienten angenommen. Vgl. auch Engisch, ZStW Bd. 8, S. 21

Anm. 14: Göppinger, In "Fortschritte der Neurologie, Psychiatrie und ihrer Grenzgebiete, 1956 H 2 S. 53 ff; S. 60, 78 insbesondere; Baeyer, Medizinische Klinik 55/169; Neidhardt - Müller - Kuffin, Med. Klinik 55/204; Staecker und Ziehen Med. Klinik 55/168

sollte im allgemeinen kein ernsthafter Einwand gegen eine ärztliche Aufklärungspflicht sein.

Die gleiche Beobachtung der Furcht vor etwas Unangenehmen kann man nämlich auf fast allen Lebensbereichen machen, ohne daß dort dieser Umstand als Grund angesehen wurde, dem Betroffenen den wahren Sachverhalt vorzuenthalten. Bei der Aufklärungspflicht des Arztes ist die Lage nur dort und insoweit eine andere, als Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß eine wahrheitsgemäße Aufklärung die Gesundheit nachteilig beeinflussen würde.

Die Rechtsprechung der Obergerichte hat strenge Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht gestellt. Schon die oben S.125 genannten Entscheidungen des Reichsgerichtes hatten den Grundsatz ausgesprochen (so insbesondere RG 25/375), daß der als tatbestandsmäßig im Sinne der Körperverletzungstatbestände betrachtete ärztliche Eingriff seine Rechtfertigung nur durch eine wirksame Einwilligung des Patienten erfahre und ein wesentliches Wirksamkeitserfordernis dieser Einwilligung die vorausgegangene Aufklärung des Patienten durch den Arzt sei. Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung in einigen viel besprochenen Urteilen fortgeführt. So hat der BGH in dem sog. Elektroschockurteil (NJW 1956 S.1106) ausgesprochen, eine wirksame Einwilligung des Patienten setze voraus, daß dieser das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs in seinen Grundzügen erkannt habe. Maß und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht werde mitbestimmt von dem Grad der Gefährlichkeit des Eingriffs. Der Arzt habe die Entschließungsfreiheit des Patienten zu achten, auch soweit die Aufklärung sich nachteilig auf die Stimmung ja sogar das Allgemeinbefinden des Patienten auswirke. Insofern handele es sich um unabwendbare Nachteile, die um der Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten willen in Kauf genommen werden müßten.

BGH 11/111 betont die Pflicht zur Aufklärung, wo immer die Notwendigkeit eines Eingriffs voraussehbar sei. Sehr weitgehend formuliert der BGH in dieser Entscheidung aus dem Jahre 1957, daß das Selbstbestimmungsrecht des Kranken auch dann Achtung seines Willens erfordere, wenn das Verhalten des Kranken lebensbedrohende Formen annehme.¹⁵ Die wichtige Entscheidung BGH NJW 1959/814 hat diese Grundsätze noch weiter ausgebaut und ausgesprochen, daß selbst bei Krebserkrankungen der Arzt nicht

Anm. 15: Müller, NJW 1956/ S.1097 hat darauf hingewiesen, daß hier möglicherweise ein Widerspruch zu der Rechtsprechung des BGH zum Selbstmord bestehe, da dort die Willensentscheidung des Selbstmörders für unbeachtlich erklärt werde. - Zu dieser Kritik muß allerdings bemerkt werden, daß das Selbstbestimmungsrecht nicht notwendig die Verzichtbarkeit der körperlichen Integrität sichert.

davon befreit sei, den Patienten über besondere Gefahren der Strahlenbehandlung aufzuklären. Nur hinsichtlich atypischer Gefahren, das sind solche Gefahren, die nur in sehr seltenen Fällen aufzutreten pflegen, hat die Rechtsprechung die Aufklärungspflicht beschränkt, so in OLG Stuttgart NJW 1958/262 und BGH NJW 1959/811. In der genannten Entscheidung BGH NJW 1959/814 wird allerdings eingeräumt, daß die Aufklärungspflicht dann entfallen könne, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, daß Leben oder Gesundheit durch die ärztliche Aufklärung gefährdet werden könnten. Jedoch bestehe hierfür keine Vermutung.

Betrachtet man die Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht nunmehr abschließend unter dem besonderen Blickwinkel des Themas dieser Arbeit, so ergibt sich, daß die Obergerichte die Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht in erster Linie aus dem Wesen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten abgeleitet haben. Nicht berücksichtigt wurde dabei, daß auch das Selbstbestimmungsrecht selbst in seinem Inhalt nicht leicht fixiert werden kann und keinen unabänderlichen Inhalt besitzt, daß sein Inhalt vielmehr letztlich gewohnheitsrechtlich bestimmt ist. Auf die das Gewohnheitsrecht bildenden sozialen Wertungen aber hat die Rechtsprechung nirgends Bezug genommen und ihnen damit keinen Einfluß auf die Rechtsprechung eingeräumt.

§ 2

Die kosmetische Operation.

Keine Heilbehandlung¹ im Sinne der bisherigen Erörterungen ist in aller Regel die kosmetische Operation (Dies gilt allerdings nicht ausnahmslos, vielmehr wird man die Beseitigung starker Verunstaltungen, wie etwa Hasenscharte, durchaus als Heilbehandlung werden können). Die moderne Chirurgie hat die Häufigkeit kosmetischer Operationen stark zunehmen lassen. Sie wird im Volksbewußtsein bei Einwilligung des Patienten heute wohl kaum je als sittlich verwerflich empfunden. Die Einwilligung hat daher nach § 226 a StGB in aller Regel rechtfertigende Wirkung und zwar auch bei solchen kosmetischen Operationen, die einem reinen Luxusbedürfnis Rechnung tragen. Ethische Einwände gegen Operationen dieser Art könnten zwar möglicherweise unter dem Gesichtspunkt erhoben werden, daß solche kosmetische Eingriffe purer Eitelkeit entsprängen und möglicherweise ein unsoziales Verhalten darstellten, sie werden aber doch kaum überwiegend geteilt.²

Rechtsprechung zum Fall des kosmetischen Eingriffs ist nicht vorhanden, ein Zeichen dafür, daß eine Gewöhnung an die Vornahme derartiger Operationen eingetreten ist.

Ann. 1: So auch Eb. Schmidt bei Ponsold S. 44; a. a. Engisch bei Stich-Bauer S. 1324.

Ann. 2: Etwas anderes gilt aber wohl bei kosmetischen Operationen, die wesentliche Körperfunktionen beeinträchtigen können, so beispielsweise bei mancher Operation an der weiblichen Brust.

Die Unfruchtbarmachung

Eine wichtige Frage im Recht der Körperverletzungen ist die nach der Erlaubtheit der Unfruchtbarmachung vor allem in der Form der Sterilisation. Ein aktuelles Rechtsproblem stellt allerdings nur die freiwillige Unfruchtbarmachung dar. Das Erbgesundheitsgesetz vom 14. 7. 1933 hatte in den §§ 3 und 12 in Fällen der sog. eugenischen Indikation (Begriff siehe unten!) auch die zwangsweise Sterilisierung vorgesehen. Das Erbgesundheitsgesetz ist aber in Bayern durch Gesetz Nr. 4 vom 20. 11. 1945 außer Kraft gesetzt worden. Auch außerhalb Bayerns kann es heute nicht mehr als Rechtsgrundlage für eine Zwangssterilisierung dienen, da die Erbgesundheitsgerichte nirgends wiedereröffnet worden sind, deren Spruch aber nach dem Erbgesundheitsgesetz Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer zwangsweisen Unfruchtbarmachung ist.¹

Gegenstand der Erörterungen in diesem Paragraphen ist somit die Frage, wie die Allgemeinheit die freiwillige Unfruchtbarmachung sozialethisch beurteilt und inwieweit sie sie trotz Einwilligung für strafwürdig hält. Auch soll wieder dem Einfluß der sozialen Wertungen auf die Rechtsprechung nachgegangen werden.

Für die Unfruchtbarmachung gibt es bestimmte, stets wiederkehrende Motive: Die Unfruchtbarmachung aus reiner Bequemlichkeit, um unerwünschten Nachwuchs ausschließen zu können, die Sterilisierung, um bei Ausübung (gewerbsmäßiger) Unzucht nicht behindert zu sein und die Fälle, in denen nach dem Sprachgebrauch der medizinischen und juristischen Literatur eine "Indikation" zur Unfruchtbarmachung besteht, weil diese entweder im Zuge einer Heilbehandlung notwendig wird (medizinische Indikation), weiterer Nachwuchs die Existenzgrundlage der Familie entscheidend beeinträchtigen würde (soziale Indikation) oder nach den Erkenntnissen der Vererbungswissenschaft mit großer Wahrscheinlichkeit auch zu erwartende Kinder erbkrank sein würden (eugenische Indikation). Zur medizinischen Indikation wird meist auch der Fall gerechnet, daß mit einer etwaigen Schwangerschaft erhebliche Gefahren für Leben und Gesundheit der Mutter entstehen würden. Neben der medizinischen, sozialen und eugenischen Indikation wird noch die Sicherungsindikation = kriminalpolitische Indikation genannt. Sie ist dann gegeben, wenn sich jemand freiwillig der Unfruchtbarmachung unterziehen will, weil er unter einer Triebentartung leidet, deren er auf andere

Anm. 1: Die Zwangsunfruchtbarmachung in der Form der Kastration war ferner durch § 42 k StGB eingeführt. Es handelte sich dabei um eine sichernde Maßnahme. § 42 k ist durch KRG Nr. 11 beseitigt.

Weise vielleicht nicht Herr werden kann. Die Unfruchtbarmachung bei der Sicherungsindikation erfolgt nur in der Form der Kastration: Ziel ist nicht die Herbeiführung der Unfruchtbarkeit als solcher sondern Eindämmung des Triebes.

Während noch in den ersten Jahrzehnten nach Erlaß des Strafgesetzbuches die Unfruchtbarmachung schon wegen des Fehlens geeigneter und gefahrloser Operationsmethoden kein aktuelles Rechtsproblem darstellte, wurden erste Forderungen nach gesetzlicher Zulassung der freiwilligen Unfruchtbarmachung etwa um 1900 laut. Mit Rücksicht auf diese Bestrebungen legte der Reichskanzler dem Reichstag am 4. Juli 1914 den Entwurf eines Gesetzes gegen Unfruchtbarmachung und Schwangerschaftsunterbrechung vor, der dann allerdings wegen des Knieges nicht mehr weiter behandelt wurde. Der Entwurf ließ nur die medizinische Indikation zu.² Die Reformforderungen verstummten aber nicht wieder. Vor allem die Unfruchtbarmachung aus eugenischer Indikation wurde unter dem Einfluß der modernen Vererbungswissenschaft und Eugenik immer stärker diskutiert. Einen gewissen Höhepunkt erreichte die Debatte ähnlich wie bei den Fragen der Schwangerschaftsunterbrechung in den zwanziger und dreißiger Jahren. 1932 arbeitete das preußische Landesgesundheitsamt den Entwurf eines Sterilisationsgesetzes aus, der die freiwillige Sterilisation aus medizinischer, eugenischer und sozialer Indikation gestattete. Über diesen Entwurf hinaus ging dann 1933 das bereits oben genannte Erbgesundheitsgesetz mit der Einführung der Zwangssterilisierung aus eugenischer Indikation.³ Heute ist jedenfalls in den Ländern, in denen das Erbgesundheitsgesetz nicht mehr gilt, § 226 a StGB die alleinige Rechtsgrundlage, nach der sich die rechtliche Zulässigkeit der freiwilligen Unfruchtbarmachung bemißt: Die Unfruchtbarmachung ist in den Fällen zulässig, in denen die Maßnahme bei Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstößt. Um hier zu einer Entscheidung für die einzelnen Indikationsfälle gelangen zu können, ist es nötig, den Stand der sozialen Wertungen näher ins Auge zu fassen:

I. Unfruchtbarmachung aus reiner Bequemlichkeit

Die Unfruchtbarmachung aus reiner Bequemlichkeit ist wohl stets von der Mehrheit aller Rechtsgenossen als sittenwidrig und auch strafwürdig empfunden worden. Hierzu trug schon der Umstand bei, daß die Sterilisation nicht nur wegen ihres Verbotenseins sondern auch wegen der damit verbundenen Kosten bis heu-

Anm. 2: Abgedruckt ZStW Bd. XL (1919)/74 ff

Anm. 3: Hierüber berichtet Hanack, Die strafrechtliche Zulässigkeit künstlicher Unfruchtbarmachungen, Seite 57. Bei Hanack findet sich nicht nur eine umfassende Darstellung der rechtspolitischen Bemühungen im Zusammenhang mit der freiwilligen und zwangsweisen Unfruchtbarmachung sondern auch eine Schilderung der möglichen Methoden.

te eine verhältnismäßig seltene Operation geblieben ist, die für den Großteil der Bevölkerung überhaupt keine reale Möglichkeit darstellt und nicht ernsthaft in Betracht gezogen wird. Aber auch abgesehen von diesem mehr äußerlichen Gesichtspunkt läßt sich zur Erklärung der ablehnenden Haltung der Mehrheit der Bevölkerung auf deren weltanschauliche Gebundenheit verweisen. Die Kirchen haben unmißverständlich die künstliche Unfruchtbarmachung abgelehnt und als unsittlich verurteilt. Dies gilt auch für die evangelische Kirche soweit es sich um die Unfruchtbarmachung aus reiner Bequemlichkeit handelt. Zudem steht einer sittlichen Billigung der Bequemlichkeitsindikation der natürliche Fortpflanzungstrieb und der mütterliche Instinkt der Frau entgegen.

II. Unfruchtbarmachung aus medizinischer Indikation:

Gegen die Unfruchtbarmachung aus rein medizinischer Indikation im Zuge eines Heilverfahrens werden ethische Einwände von keiner Seite erhoben. Die Zulässigkeit eines solchen Eingriffs wird ebensowenig in Zweifel gezogen wie die einer anderen ernsthaften chirurgischen Operation. Im Interesse der Gesunderhaltung des Körpers und der Erhaltung des Lebens, die allgemein als sittliche Pflicht empfunden wird, muß notfalls auch die Zeugungsfähigkeit geopfert werden.⁴ Die Unfruchtbarkeit als solche ist hier auch niemals Ziel der Handlung. Dies ist vielmehr ausschließlich der Heilerfolg.

Nicht mehr ganz so einheitlich ist die Beurteilung des im Schrifttum meist ebenfalls zur medizinisch indizierten Unfruchtbarmachung gerechneten Falles, daß die Sterilisation zu dem Zwecke erfolgt, Gefahren einer späteren Schwangerschaft vorzubeugen. Insbesondere von Seiten der katholischen Moraltheologie werden Einwände geltend gemacht, die sich hauptsächlich darauf gründen, daß hier Ziel der Handlung die Herbeiführung der Unfruchtbarkeit als solcher ist. Eine Heilbehandlung liege nicht vor, da eine solche einen Krankheitszustand voraussetze. Es greife dann das grundsätzlich gegen die Zulässigkeit der freiwilligen Sterilisierung vorgebrachte Bedenken ein, daß es dem Menschen nicht erlaubt sei, nach Gutdünken über seinen Körper und seine Organe zu bestimmen, daß er sich vielmehr der ihm von Gott verliehenen Zeugungskraft nicht aus eigener Entscheidung entledigen dürfe. Den von einer künftigen Schwangerschaft drohenden Gefahren müsse auf andere Weise begegnet werden. Notfalls seien auch Eheleute verpflichtete, teilweise oder völlige Enthaltensamkeit zu üben. Dabei wird von der Auffassung ausgegangen, daß ein solches Verhalten dem normalen Menschen

Anm. 4: Staatslexikon der Görresgesellschaft, Stichwort Unfruchtbarmachung.

möglich und auch zumutbar sei.⁵

Anm. 5: Die Beurteilung der freiwilligen Unfruchtbarmachung durch die katholische Kirche liegt seit langem fest: Auch in den sog. Indikationsfällen mit Ausnahme der rein medizinischen Indikation wird die freiwillige Unfruchtbarmachung in der Moraltheologie überwiegend als schwer sündhaft angesehen und zwar aus doppeltem Grund: a. unter dem Gesichtspunkt der mutilatio gravis, d. i. des schweren unerlaubten Eingriffs in die eigene Körperintegrität, b. der Bedeutung der Sterilisation als Kontrazeptivmittel. Vgl. etwa Niedermeyer, *Bd. IV* S. 255 ff, Ermecke S. 265. *Lexikon für Theologie und Kirche*, Stichwort Unfruchtbarmachung. - In den zwanziger Jahren wurden auch innerhalb des katholischen moraltheologischen Schrifttums teilweise noch abweichende Stimmen laut. Vgl. hierzu Niedermeyer a. a. O S. 274. Zwar teilten auch diese Schriftsteller die heute h. M. in der Moraltheologie im Ausgangspunkt, daß dem Menschen kein freies Verfügungsrecht über seinen Körper zustehe. Sie glaubten aber, daß die Erkenntnisse der eugenischen Wissenschaft auch Maßnahmen der negativen Eugenik als unumgänglich notwendig erscheinen ließen. (Anmerkung: Mayer, *Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker*, S. 27 ff, der von Niedermeyer zu diesen Schriftstellern gerechnet wird, billigte die freiwillige Unfruchtbarmachung nicht, glaubte aber, daß unter besonderen, heute noch nicht gegebenen Voraussetzungen der Staat berechtigt sein könnte, die Sterilisation als letztes Mittel anzuordnen). Der Streit wurde durch die Enzyklika *Casti Connubii* von 1930 praktisch beendet. In n 69 - 71 erklärte der Papst sowohl die freiwillige wie auch die staatlich erzwungene Sterilisation für unerlaubt. - Die protestantischen Ethiken behandeln weniger konkrete Einzelfragen (Ablehnung der Kasuistik!) und sind daher auch weniger aufschlußreich wie das katholische Schrifttum. Man wird annehmen müssen, daß bei grundsätzlicher Ablehnung der Unfruchtbarmachung insbesondere aus reiner Bequemlichkeit die übrigen Indikationsfälle nicht einheitlich beurteilt werden. Dies hängt wieder mit dem bereits erwähnten Problem der Situationsethik und der Stellung des evangelischen Christen zum "Gesetz" zusammen. Bonhoeffer S. 123/24 nimmt sittliche Unerlaubtheit im Regelfalle an. Ähnlich Winzeler im *Evangelischen Kirchenlexikon*, Stichwort Sterilisation. Dieser führt selbst an, daß die maßgebenden prot. Ethiken Stillschweigen bewahrten, und meint, daß diejenigen Kreise, die eine temporäre Empfängnisverhütung für sittlich erlaubt hielten, auch die aus schwerwiegenden Gründen vorgenommene Sterilisation billigen dürften. Dabei seien freilich die besonders weittragenden Folgen des Eingriffs zu berücksichtigen. L. Loeffler, *Religion in Geschichte und Gegenwart*, Stichwort Eugenik, billigt offenbar die freiwillige Unfruchtbarmachung aus eugenischer Indikation, wenn sie auf einer sorgfältigen Gewissensentscheidung beruht. Weitere Fundstellen aus dem älteren protest. Schrifttum bei Niedermeyer a. a. O S. 269 f. Weitere Hinweise zur evang. Wertung bei Hanack a. a. O S. 206 ff. Er berichtet u. a. auf S. 231, daß auf einer Fachkonferenz des Zentralausschusses

III. Unfruchtbarmachung aus sozialer Indikation:

Ebenso wie die Abtreibung aus sozialen Gründen ist auch die soziale Indikation der Unfruchtbarmachung nach dem ersten Weltkrieg, vor allem aber in der ersten Hälfte der zwanziger Jahre zu großer Aktualität gelangt. Ein Teil der Ärzteschaft setzte sich für die gesetzliche Zulassung des Eingriffs ein. In der juristischen Wissenschaft glaubten nur wenige, ihn bereits de lege lata rechtfertigen zu können und zwar vor allem deshalb, weil bis zum Entwurf des Jahres 1925 die Auffassung absolut vorherrschte, daß die Einwilligung des Verletzten nur bei leichten, nicht aber bei schweren Körperverletzungen rechtfertigend wirke.⁶ Erst mit der Bestimmung des genannten Entwurfs, daß darauf abzustellen sei, ob die Körperverletzung bei Einwilligung noch gegen die guten Sitten verstoße, wurde diese Auffassung aufgegeben. Es fanden sich dann verschiedene Stimmen, die in besonderen Fällen der sozialen Indikation die Sittenwidrigkeit der freiwilligen Unfruchtbarmachung verneinten. Meist wurde allerdings noch die ausdrückliche Zulassung de lege ferenda gefordert.⁷ Auf der 2. Jahrestagung der deutschen Landesgruppe der IKV in Frankfurt 1932 wurde eine Resolution gefaßt, die für die innere Mission in Treysa am 20. 5. 1931 die Steril. aus eugenischer Indikation gebilligt worden sei.

Anm. 6: Statt vieler Ebermayer, Der Arzt im Recht S. 123; LK 4. Aufl. A 9 zu § 223

Anm. 7: Überblick über die Wertungen innerhalb der jur. Literatur zum Problem der freiwilligen Sterilisierung:

Für völlige Freistellung: Keine Stimme. - Medizinische Indikation: Allgemein anerkannt. - Soziale und eugenische Indikation: Für Anerkennung der sozialen Indikation bei einstantem Anlaß: Heimberger MonschKrim XV S. 1 ff; Ebermayer, Der Arzt im Recht S. 169; Kahl JW 1930 II S. 1547; Dohna Mitt IKV n. F. Bd. 6 S. 71/72; Radbruch ebenda S. 83; Kohlrusch ZStW LII 1932/S. 381 ff; Eb. Schmidt IZ 1951/65; Schaefer LK 1958 A III 3 zu § 223; Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Operation S. 1555, insbesondere Anm. 2; Schönke-Schroder 1961 § 226 a A V. - Ablehnend: Maurach BT S. 74/75; Lange in Kohlrusch-Lange 1956 Anm. IV A 5 zu § 226 a; Kienzie GA 1957/65; Hanack a. a. O Seite 232 ff mit der eingehendsten Begründung: Zur Ausfüllung des Merkmals der guten Sitten in § 226 a will Hanack nicht auf die sozialen Wertungen sondern das Menschenbild der Verfassung abstellen. Hiermit sei die Unfruchtbarmachung aus sozialen Gründen nicht vereinbar: Die Maßnahme enthalte eine Kapitulation des Menschen vor seiner augenblicklich aber vielleicht nur vorübergehend schlechten sozialen Lage, eine Unterwerfung des Lebenden unter die Materie, eine schwerwiegende und irreparable Aufgabe eines wesentlichen Zuges der menschlichen Eigenpersönlichkeit. Aus all diesen Gründen müsse die Maßnahme als unsittlich

dem Gesetzgeber die Schaffung einer entsprechenden **Ausnahmevorschrift** empfahl.⁸ - Die Stellung der Kirchen blieb grundsätzlich ablehnend.⁹

Was die Wertung der breiten Massen angeht, so kann man gerade bei der Frage der Unfruchtbarmachung aus sozialer Indikation daran zweifeln, ob sich eine echte Mehrheitswertung jemals bilden konnte und in Zukunft bilden kann. Diese Zweifel teilt etwa Kohlrausch ZStW 1932/363. Wo immer aber sich derartige Zweifel einstellen, ist man regelmäßig auch für den Stand der tatsächlich vorhandenen Wertungen weitgehend auf Vermutungen angewiesen.

Die Scheu, die vor einer Unfruchtbarmachung überhaupt besteht, dürfe im allgemeinen auch im Falle der sozialen Indikation noch andauern. Wahrscheinlich sind es deshalb nur einige wenige, besonders krasse **Ausnahmefälle**, die bei einer Umfrage von der Mehrheit der Bevölkerung als sittlich einwandfrei gebilligt würden.

IV. Unfruchtbarmachung aus eugenischer Indikation:

Vor allem der eugenische Gesichtspunkt war es, der viele Ärzte zu der Forderung nach einer gesetzlichen Zulassung der eugenischen Indikation veranlaßte. Als Vorkämpfer dieser Bestrebungen in den zwanziger Jahren ist insbesondere der sächsische Arzt Boeters¹⁰ zu nennen. Eine gute Zusammenstellung der vor allem von ärztlicher Seite ausgegangenen Bemühungen um die gesetzliche Zulassung der freiwilligen Sterilisierung in den zwanziger Jahren bietet Joseph Mayer.¹¹ Das Erbgesundheitsgesetz vom 14. 7. 1933 brachte schließlich

betrachtet werden. - Für Anerkennung der eugenischen Indikation: Die meisten der oben als Befürworter der sozialen Indikation Genannten sowie Welzel LB S. 241 und Hanack a. a. O. S. 208 ff. Dieser billigt die Unfruchtbarmachung aus eugenischer Indikation im Gegensatz zu der aus sozialer Indikation, da es sittenwidrig sei, erbkranken Nachwuchs zu erzeugen und der Entschluß zur freiwilligen Unfruchtbarmachung daher als ethisch wertvoll erscheinen müsse. - Der Entwurf 1960 regelt die Frage der Sterilisierung nicht ausdrücklich, wie aus der amtlichen Begründung zu § 152 hervorgeht, war man in der Strafrechtskommission jedoch der Ansicht, daß einzelne Fälle der freiwilligen Sterilisierung insbesondere aus eugenischen Gründen durch Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt werden könnten. § 152 des Entwurfs gleicht inhaltlich dem heutigen § 226 a.

Anm. 8: Mitt IKV Bd. 6 (1992)/125

Anm. 9: Vgl. oben Anm. 3

Anm. 10: Fundstellen bei Mayer a. a. O. U. a. nennt er: Ärtzl. Vereinsblatt Nr. 1299 und 1304

Anm. 11: Vgl. J. Mayer a. a. o. Er führt u. a. befürwortende Stellungnahmen der deutschen Gesellschaft für Rassenhygiene aus dem Jahre 1922 sowie des sächsischen Landesgesundheitsamtes aus dem Jahre 1924 an, nennt aber als Vertreter

in den §§ 1 - 3 nicht nur die Zulassung der freiwilligen Sterilisierung aus eugenischen Indikation sondern auch die Zwangssterilisierung aus dem gleichen Grund. Heute wird in allen Gutachten ärztlicher Gesellschaften zur Strafrechtsreform wieder die Zulassung der Unfruchtbarmachung aus eugenischer Indikation gefordert.¹²

Auch in der juristischen Literatur fand die gesetzliche Zulassung der eugenischen Indikation zahlreiche Befürworter. Auf die Ausführungen unter Anm. 5 wird verwiesen. Was die Wertung der breiten Volksschichten anlangt, so dürfte auch hier zu berücksichtigen sein, was bereits oben zur eugenischen Indikation der Schwangerschaftsunterbrechung angeführt wurde: Eugenische Fragen können nur bis zu einem gewissen Grade auf das allgemeine Interesse rechnen. Im übrigen ist die Haltung der Kirchen, insbesondere der katholischen Kirche, auch hinsichtlich der eugenischen Indikation grundsätzlich ablehnend. Vgl. oben Anm. 3. Vor allem im katholischen Schrifttum wird die Unfruchtbarmachung als ungeeignetes Mittel zur Erreichung eugenischer Ziele bezeichnet: Richtige Gattenwahl, notfalls Enthaltensamkeit werden als sichere und moralisch einwandfreie Arten der Erbgesundheitspflege empfohlen.¹³

der gegenteiligen Auffassung den Präsidenten des Reichsgesundheitsamtes Dr. Bumm. - Vgl. auch Hanack a. a. O. Seite 57, 206 ff, insbesondere zu dem auf Seite 132 bereits genannten Entwurf des Preußischen Landesgesundheitsamtes für ein Sterilisationsgesetz.

Anm. 12: Vgl. Druckschrift: Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der Strafrechtsreform mit strafrechtl. Einschlag (allerdings nur für freiwillige Unfruchtbarmachung)

Anm. 13: Bereits Ende der zwanziger Jahre waren Bestrebungen im Gange, die Zwangssterilisierung insbesondere Geisteskranker aber auch von Personen mit verbrecherischen erblichen Anlagen durch Gesetz einzuführen. Was diesen Bestrebungen zugrunde lag, war die Überlegung, daß durch den zahlreichen erbkranken Nachwuchs die Gesellschaft laufend schwer belastet werde und sogar durch die ausgesprochene Fortpflanzungsfreudigkeit vieler Erbkranker bzw. sittlich Minderwertiger eine Verschlechterung der gesamten Erbmasse zu befürchten sei. Diesen Maßnahmen glaubte man nicht anders wirksam entgegenzutreten zu können als durch Maßnahmen, wie sie eine zwangsweise Unfruchtbarmachung in großem Stile darstellt. Dabei stand man teilweise unter dem Eindruck des Auslandes (USA, Schweiz, Vgl. Hanack S. 37 ff.). J. Mayer nennt auch hier Boeters als den entschiedensten Förderer des Gedankens der zwangsweisen Sterilisierung und führt an, daß sich der hessische Landtag und das Thüringische Wirtschaftsministerium für seine Vorschläge eingesetzt hätten, während im badischen und preußischen Landtag die Frage als noch nicht spruchreif zurückgestellt worden sei. Durch das Erbgesund-

heitsgesetz von 1933 ist dann die Zwangssterilisierung Erbkranker - Definition § 1 Erbgesundheitsgesetz - eingeführt worden. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zwar, daß die Zwangssterilisierung kein spezifisch nationalsozialistischer Gedanke war. Die älteren Vorschläge wurden aber von der nationalsozialistisch geführten Reichsregierung des Jahres 1933 bereitwillig aufgegriffen. In der nationalsozialistischen Ideologie erschien ja die Pflege von Rasse und Erbgut als eine der hervorragendsten Aufgaben staatlicher Bevölkerungspolitik, wurden Rasse und Erbgut geradezu als überwertige Güter betrachtet. Die Maßnahme der Zwangssterilisierung Erbkranker mußte bei dieser Auffassung als vordringliche Aufgabe erscheinen. Bedenken, daß die Zwangssterilisierung der Würde und dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen widerspreche, konnten sich gegen die kollektivistische Rechtsauffassung des Nationalsozialismus nicht durchsetzen. (Im späteren Gürtnerschen Entwurf 1936 steht der Straftatbestand für unerlaubte Unfruchtbarmachung im Abschnitt "Angriffe gegen Rasse und Erbgut". Schaffstein, der Redaktor der Begründung hierzu, führt bei Gürtner S. 115 aus, der Unrechtheitsgehalt der Unfruchtbarmachung sei in Zukunft weniger unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung als vielmehr dem der Gefährdung von Rasse und Erbgut zu sehen).

Gegen die Einführung der Zwangssterilisierung haben sich seit den zwanziger Jahren stets auch gewichtige Stimmen erhoben. Gaupp, der selbst sehr vorsichtig formuliert, zitiert eine ablehnende Stellungnahme von Jaspers und meint, daß sich eine Zwangssterilisierung nicht ohne einen allgemeinen Wandel des Rechtsbewußtseins werde durchsetzen lassen. Ebermayer, S. 169 ff wendet sich gegen die Zwangssterilisierung als eine mit der Würde des Menschen nicht vereinbare Beeinträchtigung des menschlichen Selbstbestimmungsrechtes. Auch die Kirchen haben sich gegen die Zwangssterilisierung ausgesprochen. Von katholischer Seite ist insbesondere die Verurteilung der staatlichen Zwangssterilisierung in Casti Connubii zu nennen. Vgl. auch Rauch, Probleme der Eugenik im Lichte der christlichen Ethik. Die Bedenken gehen vor allem dahin, daß sich der Staat mit der Zwangssterilisierung eine Verfügungsmacht über den unschuldigen Menschen anmaßt, die ihm seiner Aufgabe und seinem Wesen nach nicht zustehen. Auch müsse der Staat zunächst Maßnahmen der positiven Eugenik ergreifen und dabei alle Möglichkeiten erschöpfen. Seien auch dann noch Maßnahmen der negativen Eugenik notwendig, so dürften sie nicht so einschneidend sein. In der Enzyklika Casti Connubii ist aber auch gegen zu weitgehende Eheverbote Stellung genommen. - Über den gegenwärtigen Stand der Meinungen zur Frage der Zwangssterilisierung berichtet Hanack a. a. O S. 300 ff. Er selbst ist wohl mit der Mehrheit der Juristenschaft darüber einig, daß beachtliche psychologische Hindernisse überwunden werden müßten. Auch besteht nach seiner Ansicht zur Zeit kein unabweisbares Bedürfnis für die Maßnahme. Nicht im Einklang mit der h. M. dürfte sich Hanack aber befinden, wenn er die Zwangssterilisierung aus eugenischen Gründen mit dem Grundgesetz für vereinbar hält.

V. Unfruchtbarmachung zur Eindämmung verbrecherischer Neigungen bzw. eines abartigen Geschlechtstriebes:

Trotz gewisser Zweifel an der Möglichkeit einer Eindämmung des Triebes durch Unfruchtbarmachung und zwar auch dann, wenn sie in der hier einzig geeigneten Form der Kastration geschieht, ist deren Zulassung von ärztlicher Seite immer wieder gefordert worden.¹⁴ Ebenso wie bei der eugenischen Indikation sprechen sich fast alle ärztlichen Gutachter zur Strafrechtsreform (E 1960) gegen ein völliges Verbot aus. Eine grundsätzlich positive Haltung nimmt auch die juristische Literatur ein. Es wird aber immer wieder darauf hingewiesen, daß die Einwilligung auch wirklich freiwillig erfolgen müsse: An der Freiwilligkeit könne es beispielsweise fehlen, wenn der Betroffene befürchten müsse, andernfalls in Sicherungsverwahrung genommen zu müssen.¹⁵ Die Kirchen haben zu dieser Indikation, soweit ersichtlich, noch nicht endgültig Stellung genommen. Es mag sein, daß für gewisse Fälle die Grundsätze anwendbar sind, welche die Kirchen für die Beurteilung der medizinischen Indikation zur Unfruchtbarmachung aufgestellt haben.¹⁶

B. Der Einfluß der sozialen Wertungen auf die Rechtsprechung:

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat sich mit dem Problem der freiwilligen Unfruchtbarmachung nur höchst selten befaßt. Sie ist daher unter dem Gesichtspunkt des Themas dieser Arbeit ausgesprochen unergiebig.

Aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ist nur die Entscheidung RG JW 1933/2060 von einiger Bedeutung. Sie spricht aus, daß der Mensch im Interesse der Allgemeinheit über seine Zeugungsfähigkeit nicht nach Belieben

Anm. 14: Vgl. auch Gaupp, Die Unfruchtbarmachung geistig und sittlich Kranker und Minderwertiger, S. 26

Anm. 15: Hanack, S. 237 hält die Unfruchtbarmachung zur Dämpfung des Geschlechtstriebes nicht für sittenwidrig und weist auf die Verwandtschaft zur medizinischen Indikation hin. Er grenzt diesen Fall aber deutlich von der Unfruchtbarmachung zur Verhütung der Vererbung verbrecherischer Neigungen ab. Die Unfruchtbarmachung hält er in diesem letzten Fall nicht für erlaubt, da die Vererbungswissenschaft nicht genau angeben könne, ob und in welchem Fall verbrecherische Neigungen vererblich seien.

Anm. 16: Die Ansicht, daß die Grundsätze der medizinischen Indikation Anwendung finden könnten, gilt aber wohl nur, wo die abartige Veranlagung für den Willen unabwendlich ist. Im übrigen dürfte die Haltung jedenfalls der katholischen Kirche auch hier ablehnend sein. Ohne nähere Differenzierung ablehnend etwa Mausbach - Ermecke a. a. O. S. 265.

verfügen könne. Die Einwilligung wirke zwar bei der Unfruchtbarmachung aus medizinisch-prophylaktischer Indikation rechtfertigend, es müsse sich aber um eine ernsthafte Gefährdung der Gesundheit, nicht aber lediglich um die normalen Schwangerschaftsbeschwerden handeln. Es wird dahingestellt gelassen, wie ein Fall der rein sozialen Indikation zu beurteilen sei. - Bei seiner Entscheidung stellt das Reichsgericht nicht unmittelbar auf die "guten Sitten" ab.

BGH 1/66 spricht aus, daß die Bereitschaft eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers, sich entmannen zu lassen, nicht die Anordnung seiner Sicherungsverwahrung hindere. BGH 4/133 erklärt die Einwilligung eines Konzentrationslaggehaftlings (Sittlichkeitsverbrechers) in die Unfruchtbarmachung für unbeachtlich, da für den Betroffenen nur bei Erteilung der Einwilligung Aussicht bestand, wieder freizukommen. - Obwohl beide Entscheidungen ausdrücklich hierüber nichts enthalten, wird man annehmen dürfen, daß der Bundesgerichtshof auch außerhalb des Geltungsbereiches des § 14/II Erbgesundheitsgesetzes die Entmannung als durch Einwilligung gerechtfertigt ansieht, wenn die Maßnahme dem Ausarten eines triebbedingten verbrecherischen Hanges vorbeugen soll. Offenbar ist der BGH von der Auffassung ausgegangen, daß eine Kastration unter diesen Umständen nicht gegen die guten Sitten verstößt und daher gemäß § 226 a durch Einwilligung gerechtfertigt werden kann. Ob allerdings der Bundesgerichtshof in diesen Entscheidungen das Merkmal der guten Sitten als eine Verweisung auf die sozialen Wertungen betrachtet oder glaubt, die Entscheidung aus einem "objektiven Sittengesetz" ableiten zu können, läßt sich nicht sagen. Es kann daher nicht festgestellt werden, ob der BGH in seiner Rechtsprechung zur freiwilligen Unfruchtbarmachung die sozialen Wertungen als förmlichen Auslegungsbehef herangezogen hat.

Menschenversuche

Will man sich über die sozialetische Bewertung von Menschenversuchen klar werden, so ist es notwendig, verschiedene Fälle solcher Versuche zu unterscheiden: Sicherlich immer wieder geübt wird der Fall, daß ein Arzt ein noch unerprobtes aber gefährliches Medikament an einem Kranken mit dessen Einwilligung erprobt. Der Fall dürfte allgemein wohl kaum negativ beurteilt werden, wenn eine andere Möglichkeit der versuchsweisen Anwendung nicht besteht (auch wohl dann, wenn nur Selbstversuch des Arztes möglich wäre!) und bessere Heilungschancen auf andere Weise sich nicht erzielen lassen. Bei all diesen Fällen muß aber der Heilzweck, nicht der Versuchszweck als solcher im Vordergrund stehen. Eine zweite Gruppe der Menschenversuch ist die, bei der ein echter Versuch (ohne erstrebten Heilerfolg!) an einer freiwillig handelnden Versuchsperson vorgenommen wird, sei es nun, daß die Versuchsperson gegen Entgelt oder aus altruistischen Beweggründen handelt. Die Meinung einiger juristischer Autoren, daß solche Versuche trotz Einwilligung unsittlich und daher in jedem Falle rechtlich unzulässig seien, dürfte kaum allgemein geteilt werden.¹ Unmöglich kann in allen Fällen nur der Weg des Tierversuchs oder des Selbstversuchs eingeschlagen werden. Die Einsicht in diese Tatsache dürfte ziemlich weit verbreitet sein und daher auch die Bewertung des Versuchs gegen Entgelt positiv beeinflussen. - Die dritte Gruppe des Menschenversuchs ist die des Versuchs an einer nicht freiwillig handelnden Versuchsperson, sei es einem Patienten, einem Strafgefangenen oder einem Konzentrationslagerhäftling. Unter normalen Gesellschaftszuständen ein kaum je vorkommender Fall, wurde der Menschenversuch dieser dritten Art in der Zeit des Nationalsozialismus in ziemlich erheblichem Umfang geübt. Das Buch "Medizin ohne Menschlichkeit", Dokumente der Nürnberger Ärzteprozesse, herausgegeben

Anm. 1: Wie hier auch Eb. Schmidt bei Ponsold S. 75 f: "Ein Experiment, das tödlich verlaufen könnte, darf der Arzt nur an sich selbst vornehmen. Die am Einwilligenden mit dem Versuch vorgenommene Körperverletzung entspricht den guten Sitten dann, wenn der Versuch sachgemäß durchgeführt wird, auf ein beachtliches wissenschaftliches Forschungsergebnis abzielt, das ohne solchen Versuch nicht zu erzielen wäre, und das körperliche Wohlbefinden nicht mehr als unbedingt erforderlich beeinträchtigt wird. Ob der Einwilligende seine Einwilligung um jenes Zieles willen oder lediglich um Geldes willen erteilt, ist belanglos." Ganz ähnlich auch Heinitz JR 1951/333 (mit weiterer Literaturangabe!); Welzel, LB S. 241; Beling ZStW 44/235;

v. Weizsäcker, Euthanasie und Menschenversuche, S. 22 ff

von A. Mitscherlich und F. Mielke gibt ein erschütterndes Bild vom Ausmaß dieser Versuche.

Nun besteht kein Zweifel, daß weder die Ärzteschaft in ihrer überwältigenden Mehrheit noch die Allgemeinheit ein derartiges Verfahren je gebilligt hat. Man wird also sagen können, daß diese dritte Gruppe als ganze dem moralischen Verdickt unterfällt und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein widerspricht.

Rechtsprechung zum Problem der Menschenversuche ist nur für die dritte Gruppe vorhanden. Die Einstufung dieser Versuche ohne Einwilligung der Betroffenen als Körperverletzung oder Tötungsdelikte war niemals zweifelhaft. Die Urteile sind daher methodisch nicht weiter interessant und brauchen daher hier nicht behandelt worden.

Die studentische Schlägermensur

Wer sich damit beschäftigt, den Stand der sozialen Wertungen zur Frage der sittlichen Erlaubtheit der studentischen Schlägermensur zu ermitteln, muß sich darüber im Klaren sein, daß in den breiten Volksschichten eine eigene Meinung hierzu nur ausnahmsweise vorhanden ist. Die Frage liegt zu sehr außerhalb des Lebensbereichs des Nichtakademikers, als daß er ihr seine Aufmerksamkeit widmen würde. Auch fehlt meist schon die Kenntnis der akademischen Bräuche. Die wertenden Äußerungen stammen daher meist aus dem akademisch-publizistischen Raum.

Die Mensur wird heute meist in der Form der sog. Bestimmungsmensur, nach diesem Kriege auch nicht selten Sportmensur genannt, geübt. Bei ihr kommt die Mensur dadurch zustande, daß die Fechtwarte zweier in einem sog. Paukverhältnis zueinander stehenden Verbindungen die Gegner bestimmen. Neben der Bestimmungsmensur steht auch heute noch bei manchen Verbindungen (wenn auch nicht bei allen und nicht in gleichem Umfang wie früher) die Schlägermensur auf besondere Forderung hin. Auch sog. p. p. Forderungen = pro patria Forderungen kommen noch vor. Dies sind Forderungen, welche von Seiten einer Verbindung einer anderen überbracht werden, wenn Beleidigungen irgendwelcher Art vorgekommen sind, durch die sich eine Verbindung als ganze verletzt fühlt. Sie wird durch mindestens vier Paare ausgefochten.¹ Allerdings sind Schlägerforderungen und p. p. -Forderungen in den Verbands- und Verbindungssatzungen offiziell zumeist verboten.² Die Auseinandersetzung um die sittliche und rechtliche Erlaubtheit der Mensur wurde daher in erster Linie im Hinblick auf die Bestimmungsmensur geführt.

Betrachtet man diese Auseinandersetzungen, so lassen sich drei besonders charakteristische Standpunkte unterscheiden: Der der schlagenden Verbindung selbst, der der Kirchen, insbesondere der katholischen Kirche, und ihren nahstehender Kreise (grundsätzlich ablehnend) und die ablehnende Haltung einer dritten Gruppe, die in der Mensur den Ausdruck überholter Standesvorurteile sieht.

I. Der Standpunkt der schlagenden Verbindungen selbst:

Den offiziellen Verlautbarungen und Erklärungen der schlagenden Verbände

Anm. 1: So Wilhelm Vorndran, Die Mensur nach kanonischem Recht. Diss. Erlangen 1956 S. 74 ff

Anm. 2: Vorndran a. a. O S. 73

nach diesem Kriege kann entnommen werden, daß die Verbindungen die Mensur im Gegensatz zu früher nicht mehr als taugliches Mittel zur Bereinigung von Ehrenhändeln ansehen.³ Entschieden wird dem Vorwurf entgegengetreten, daß die Bestimmungsmensur einem überlebten Standesdünkel entspringe.

Uneinheitlich sind freilich die Äußerungen darüber, welchen Sinn die Mensur unter heutigen Verhältnissen haben soll. In den ersten Jahren nach dem Kriege hat man die Mensur häufig als Sport bezeichnet. Es erscheint jedoch nicht wahrscheinlich, daß diese Auffassung wirklich der in den Corps und den übrigen schlagenden Verbindungen herrschenden Meinung entspricht. So heißt es in Nr. 5 S. 105 der deutschen Corpszeitung 1954^{3a}: "Es gibt kein traurigeres Argument als das vom sportlichen Charakter des Schlägerfechtens ..." und ebenda: "Es ist richtig, daß die heutige Schlägermensur kaum sportlichen Charakter hat und daher die aus guten Gründen einmal gewählte Bezeichnung "Sportmensur" baldigst wieder abgeschafft werden sollte." Ähnlich lautende Äußerungen sind etwa in den Burschenschaftlichen Blättern 1954 Heft 7 erschienen. - In der 1957 erschienenen Denkschrift des Kösemer Verbandes Alter Corpsstudenten rückt die-

Anm. 3: In den "Fundamenta Corporationis generalis" waffenstudentischer Verbändevertreter aus dem Jahre 1949, zitiert bei Vorndran S. 32, heißt es: "Die Korporationen erwarten von jedem ihrer Mitglieder die Verteidigung der eigenen Ehre wie die Achtung der Ehre ihrer Mitmenschen. Sie erklären, daß der Zweikampf als Mittel zur Wiederherstellung verletzter Ehre mit den heutigen Anschauungen und den Zeitumständen nicht in Einklang steht. Vom Korporationsstudenten wird jedoch verlangt, daß er sich dem Spruch eines Schiedsgerichts unterwirft, das anzurufen jeder freie Mensch das Recht haben muß." - In einer Erklärung vom 6. Nov. 1951 haben die Vertreter der waffenstudentischen Verbände vor dem Bundesinnenminister die Satisfaktion mit der Waffe nicht als geeignetes Mittel zur Wiederherstellung verletzter menschlicher Würde bezeichnet. Zitiert bei Vorndran S. 33; -

Der Coburger Convent akademischer Landsmannschaften und Turnerschaften hat auf einem Kongreß im Jahre 1952 mit großer Mehrheit verbandsprinzipiell beschlossen: "Wird gegen die gebotene Achtung der Ehre verstoßen, so ist die Genugtuung zu fordern und zu geben. Über die Form der Genugtuung und in schwerwiegenden Fällen über weitergehende Maßnahmen wird in einem ehrengerichtlichen Verfahren entschieden. Auf Austrag des Ehrenhandels durch Zweikampf kann nicht erkannt werden ..." (Vorndran S. 33) -

In einer Denkschrift des Convents Deutscher Korporationsverbände, CDK, wird der Begriff einer studentischen Sonderehre abgelehnt. 1953 (Vorndran S. 33/34) Auch die Ehrenordnung des Kösemer SC vom 6. Juni 1957 schließt das Satisfaktionsprinzip aus.

Anm. 3a: Zeitschriftenzitate nach Vorndran a. a. O.

ser Verband dann auch ausdrücklich vom Begriff der "Sportmensur" ab. In dieser Denkschrift⁴ wird die Mensur als sittlich erlaubtes und zur Erreichung des von den Verbindungen angestrebten Erziehungszieles unentbehrliches Mittel bezeichnet. Auf Seite 23 heißt es: "Die Mensur erzieht erstens zum Standhalten und nicht zum Siegen; zweitens zum ritterlichen Schonen des schwächeren Gegners statt zum unritterlichen Ausnutzen seiner Schwäche und drittens zum Überwinden der Angst und Furcht vor der Verletzung." Hierdurch werde der Verbindungsstudent zu wahrer Toleranz erzogen: Die ersten beiden Wirkungen der Mensur lehrten den Fechter, die Menschenwürde des anderen, die dritte lehre ihn, die eigene zu wahren. In diesem Wahren der Menschenwürde liege die Ehre eines jeden Menschen. - Eine weitere positive Wirkung der Mensur sei, daß durch sie der Mangel an Haltung geheilt werde, welcher den Schwachen anfällig für Diktatoren mache und der Intoleranz Vorschub leiste.

Diese positiven Wirkungen der Mensur aber könnten nicht ebensogut auf anderem Wege erzielt werden. Da mit der Mensur regelmäßig nur eine geringfügige Verletzung verbunden sei, könnten ethische Einwände nicht erhoben werden.

Es ist anzunehmen, daß diese Sinngebung der Mensur im Bereich der schlagenden Verbindungen heute weitgehend Anerkennung findet, wobei freilich in die Bewertung der Mensur nicht selten auch stark gefühlsmäßige Elemente einfließen, wie etwa das Traditionsbewußtsein und Ähnliches. Auch dürfte in der Denkschrift wohl ein Gesichtspunkt zu wenig berücksichtigt worden sein, der gleichwohl die positive Bewertung der Mensur durch viele Angehörige schlagender Verbindungen nicht zuletzt begründet: Die Freude am Kampf und das Erlebnis des Kampfes als solchen.⁵

II. Die Wertung der Kirchen und ihnen nahestehender Kreise:

Katholischer Standpunkt: Seit dem Konzil von Trient hat die katholische Kirche das Duell als schwer sündhaft verurteilt und kirchenrechtlich mit der Strafe der Exkommunikation geahndet. Die Mensur wurde in den päpstlichen Konstitutionen allerdings nirgends ausdrücklich genannt. Vor allem mit dem Aufkommen der Bestimmungsmensur in den 70-iger Jahren des vorigen Jahrhunderts traten deshalb Zweifel auf, ob die kirchliche Verwerfung des Duells sich auch auf die Mensur beziehe. Auf Anfragen durch

Anm. 4: J. M. Richter, Würzburg 1957, zitiert nach Vorndran, a. a. O

Anm. 5: Vorndran zitiert auf Seite 41/42 verschiedene Äußerungen in Verbandsblättern schlagender Korporationen, in denen gerade dieser Gesichtspunkt stark hervortritt.

den Erzbischof von Breslau (1890), den Bischof von Regensburg (1923) und die Fuldaer Bischofskonferenz (1925) hat die Heilige Konzilskongregation dreimal entschieden, daß auch die studentische SchlägERMENSUR unter den Begriff des Duells falle, von der Kirche verurteilt werde und die entsprechenden Kirchenstrafen nach sich ziehe.⁶ — Diese Entscheidung aus dem Jahre 1923 stellte klar, daß sich dieses Urteil auch auf solche Mensuren beziehe, bei denen nach den getroffenen Sicherungsvorkehrungen nur die Gefahr einer leichten Verletzung bestehe.⁷ Diese kirchenamtliche Haltung ist nach diesem Kriege wiederholt bekräftigt worden. Der Erzbischof von Paderborn hat im Juli 1955 einer schlagenden Korporation auf Anfrage mitteilen lassen, daß die Mensur nach wie vor unter der Strafe der Exkommunikation verboten sei. Desgleichen hat der Bischof von Aachen erklärt, daß eine Milderung der kirchlichen Strafbestimmungen auf diesem Gebiet nicht zu erwarten seien. Die Fuldaer Bischofskonferenz hat im Jahre 1952 und nochmals im Jahre 1955 auch die sog. Sportmensur verurteilt und Kardinal Frings von Köln im Jahre 1958 in einem Hirtenwort an die Abiturienten den gleichen Standpunkt eingenommen.⁸

Der Grundgedanke der kirchlichen Ablehnung der Mensur besteht darin, daß dem Menschen die freie Verfügung über seinen Körper vor Gott nicht gestattet sei. Eine direkte Gefährdung und Verletzung des Körpers sei nur dort erlaubt, wo die vor Gott zu verantwortende Beziehung des Menschen zu seinem Leibe ein Recht dazu gebe: So bestehe etwa ein Recht, zur Heilung und Rettung des ganzen Menschen in seinen Körper einzugreifen. Abgesehen hiervon sei eine gewollte Verletzung des menschlichen Körpers sittenwidrig und der Betroffene könne daher auch nicht wirksam in die Verletzung durch einen anderen einwilligen. Nach diesen Grundsätzen sei die Mensur sittenwidrig und als eine mutwillige Gefährdung und Verletzung des Gutes der körperlichen Integrität schwer sündhaft.

Auch ein gutes Motiv, wie Erziehung des Studenten zu Selbstbeherrschung und Toleranz, könne dann die Mensur nicht rechtfertigen. Im übrigen sei die Mensur auch nicht das einzige Mittel, um diese positiven Ziele zu erreichen.

Da die Entscheidung der Konzilskongregation von 1890 die Mensur auch als Vorbereitung zum Duell und wegen des in ihr zum Ausdruck kommenden falschen Ehrbegriffs verurteilte, glaubten manche katholische Autoren sagen zu können, daß mit der Aufgabe dieses Ehrenstandpunktes durch die Verbindungen

Anm. 6: Codex Iuris Canonici c 2351 § 1

Anm. 7: Vorndran S. 21 ff; Entscheidung von 1890 AAS vol. XXIII pag. 234; Entscheidung der Konzilskongregation vom 10. 2. 1923, abgedruckt bei Suso Maier OSB, Neueste Kirchenrechtssammlung, Freiburg 1953 Bd. I.

Anm. 8: Siehe Schaff, Academia, Zeitschrift des Cartellverbandes der katholischen deutschen Studentenverbindungen 1957 H 3 / S. 55-Cc.

in der Zeit nach diesem Kriege und ihrer Erklärung, daß die Mensur sportlichen Zwecken, nicht aber der Bereinigung von Ehrenhändeln dienen solle, auch die kirchliche Strafdrohung keine Anwendung mehr finden könne. In-
dessen handelt es sich hierbei bis jetzt nur um Einzelstimmen,⁹ während die Mehrzahl der Moraltheologen und Kanonisten nach wie vor die Entscheidungen der Konzilskongregationen für maßgebend hält.¹⁰ Im Hinblick auf die tatsächliche Praxis in den Verbindungen wird nicht selten die Meinung vertreten, daß es verfrüht sei, einen echten Wandel in der "Ideologie der Mensur" anzunehmen. Auch wird darauf hingewiesen, daß die Konzilskongregation ihr Urteil zwar auch darauf begründet habe, daß die Mensur im Zweikampf mit tödlichen Waffen Vorschub leiste und einen falschen, weil rein äußerlichen und formalen Ehrenstandpunkt begünstige, daß dies aber, wie die Formulierung erkennen lasse, nicht das entscheidende Argument für die Verurteilung der Mensur gewesen sei. Dies sei vielmehr die Überlegung gewesen, daß das Verfügungsrecht des Menschen über seinen Körper so weit nicht reiche.¹¹ Im übrigen haben die deutschen Bischöfe, wie oben angeführt, an der negativen Beurteilung der Mensur festgehalten.

Evangelischer Standpunkt: Die evangelische Kirche hat sich nicht in gleicher Weise wie die katholische in der Frage der Mensur festgelegt. Immerhin ist auch im protestantischen Schrifttum eindeutig gegen echte Kontrahagen Stellung genommen worden.¹² Vorndran zitiert wörtlich Rade im Reallexikon für protestantische Theologie und Kirche S. 765 der dort die folgenden Ausführungen macht: "Die Bestimmungsmensuren, denen also zum Begriff des Kampfes schlechterdings das Merkmal des Feindseligen fehlt, haben den einzigen Sinn, dem, der sich ihnen unterzieht, Standesehre zu erweisen oder zu erhalten. Und diese Abzweckung nähert sie freilich wieder dem Wesen des Duells, nur daß man sie wegen ihrer friedlichen Vorbedingungen nicht mit dem Duell in eins setzen darf."

Der Standpunkt der katholischen Kirche ist seit der Mitte des vorigen Jahr-

Anm. 9: Groner, Neue Ordnung April 1956 hält zwar auch die Bestimmungsmensur für sittlich nicht gerechtfertigt, jedoch nicht für schwer sündhaft, so daß die Grundlage für die Kirchenstrafe der Exkommunikation weggefallen sei.

Anm. 10: So Mausbach - Ermecke, Katholische Moraltheologie 3. Bd. 2. Teil S. 279; Häring a. a. O S. 1006; ähnlich jetzt auch Mörsdorf in Eichmann-Mörsdorf 1960 III. Bd. S. 446

Anm. 10a: So Vorndran a. a. O S. 73 ff

Anm. 11: Ermecke, a. a. O glaubt, daß, wenn schon nicht die tatsächliche Verletzung an sich, so doch die gesamte Verwirklichung des Sinngehaltes Mensur den objektiven Tatbestand einer schweren sittlichen Verfehlung darstelle.

Anm. 12: Gierens, Ehre, Duell und Mensur S. 334, zitiert nach Vorndran S. 79.

hunderts auf akademischem Boden insbesondere durch die katholischen Studentenverbände vertreten worden, welche die Übungen des studentischen Gemeinschaftslebens zwar übernahmen, die Mensur aber ablehnten. Das Gleiche geschah im protestantischen Bereich durch den Wingolfbund.

III. Die ablehnende Haltung verschiedener Kreise aus sozialen Gründen:

Gegen die Mensurpraxis der schlagenden Verbindungen wurde nach diesem Kriege zunächst sehr oft der Einwand erhoben, daß sich in ihr ein unzeitgemäßer und sozialer Standesdünkel manifestiere, insbesondere Vorstellungen von einer besonderen Standesehre dabei genährt würden. Das Verbindungsleben in den traditionellen Formen überhaupt, insbesondere aber die Mensurpraxis der schlagenden Verbindungen war weithin dem Verdacht ausgesetzt, aus einer reaktionären und undemokratischen Gesinnung zu entspringen. Die Schwierigkeiten der Korporationen, nach diesem Kriege Duldung im akademischen Bereich zu erlangen, hatten weitgehend in Bedenken dieser Art ihren Grund.¹⁴

Sucht man sich nach all dem über den heutigen Stand der Wertungen klar zu werden, so wird man sagen müssen, daß wohl auch heute noch die Ablehnung der Mensur in kirchlichen und außerkirchlichen Kreisen weit verbreitet ist, daß aber diese Ablehnung in der Öffentlichkeit bei weitem nicht mehr so stark in Erscheinung tritt wie in den ersten Jahren nach der Wiedereröffnung des Verbindungslebens der schlagenden Korporationen. Von einer einhelligen Ablehnung der Mensur konnte man aber schon wegen der beträchtlichen Zahl der schlagenden Verbindungen angehörenden Akademiker zu keiner Zeit sprechen.

IV. Rechtsprechung zur studentischen Schlägermensur:

Die ältere Rechtsprechung, d. i. die des Reichsgerichts sah auch in der studentischen Schlägermensur einen Zweikampf im Sinne der §§ 201 ff, S. 763, so die Entscheidungen RG 8/87; 60/257 und 63/6. Erst die Entscheidung BGH 4/32 brach mit dieser Auffassung, da bei den betroffenen Sicherungsvorkehrungen der

Anm. 14: Bedenken dieser Art haben offenbar Eb. Schmidt in dem Artikel Schlägermensur und Strafrecht JZ 1954/375 geleitet. Es will der Einwilligung keine rechtfertigende Kraft zuerkennen. Abweichend hiervon hält Maurach BT S. 76 die Mensurverletzung für dieser studentischen Sportart adäquat und die Einwilligung des Gegners für einen hinreichenden Rechtfertigungsgrund. So auch Kohlrausch-Lange § 226 a IV 2 mit dem Hinweis, daß nicht immer ein Verstoß gegen das allgemeine Sittengesetz schon dann angenommen werden könne, wenn eine Handlung sozialpolitisch nicht angebracht sei. Ähnlich wohl auch Hartung NJW 54/1225.

Desgleichen Schönke-Schröder 1961 § 226 a A V.

Schläger nicht als tödliche Waffe angesehen werden könne. Erst damit war aber der Weg frei zu einer Prüfung der Frage, ob es sich bei der Mensur nicht etwa um eine strafbare Körperverletzung handele. Der Bundesgerichtshof verneinte diese Frage mit der Begründung, daß eine eventuelle Mensurverletzung durch Einwilligung gerechtfertigt sei. Die Mensur verstoße bei Einwilligung nicht gegen die guten Sitten (226 a), so daß die Einwilligung rechtfertigend wirke. In eine Prüfung des Standes der sittlichen Wertungen zur Mensurfrage tritt das Gericht nicht ein und begnügt sich mit der Feststellung, daß jedenfalls nicht alle billig und gerecht denkenden Rechtsgenossen die Mensur sittlich mißbilligten. Der Bundesgerichtshof hat damit auch einer Minderheitswertung die Bedeutung zuerkannt, Straftatbestände auszuschließen, zu deren Erfüllung das Merkmal des Verstoßes gegen die guten Sitten gehört. Die methodische Bedeutung dieser Entscheidung wird im Schlußkapitel noch näher erörtert werden.

Sportverletzungen

Es gibt Sportarten, die wie etwa Boxen oder Freistilringen erhebliche Gesundheitsschädigungen mit sich bringen können. Es taucht nun die Frage auf, ob etwa die Verletzung eines Freistilringers durch einen anderen als durch seine Einwilligung gerechtfertigt angesehen werden kann, oder ob dies nicht der Fall ist, weil die Körperverletzung trotz Einwilligung sittenwidrig ist. (226 a) Bei den meisten Sportverletzungen wird wohl ein solcher Verstoß gegen die guten Sitten allgemein verneint werden. Dasselbe wird man aber bei einer Sportart wie dem Freistilringen nicht mehr ohne weiteres annehmen können, obwohl heute Freistilringkämpfe zum Veranstaltungsprogramm jeder größeren Stadt gehören. Jedenfalls gibt es hier schon eine starke Minderheitswertung, die in einem solchen zu häufigen Verletzungen führenden Sport kein menschlich sinnvolles, der Körpererhaltung oder einem anderen vertretbaren Zweck dienendes Handeln mehr sieht und etwa das Freistilringen wegen seiner Regellosigkeit und Rohheit als menschenunwürdig ablehnt. Von diesem Standpunkt aus ergibt sich dann auch, daß der Einwilligung in etwaigen Körperverletzungen keine rechtfertigende Kraft zuerkannt wird.^{1;2}

Rechtsprechung zu Sportverletzungen dieser Art ist bis heute nicht vorhanden.

Anm. 1: Mausbach-Ernecke, a. a. O S. 79 glaubt sagen zu können, daß das Berufsleben sittenwidrig sei (verlohnende Wirkung, Abzielen auf ernste Körperverletzung beim Gegner, werden als Grund genannt). Ähnlich Häring a. a. O S. 118; Schöllgen, HB S. 261, qualifiziert manche Sportarten als sog. Ventilsitzen, die zum Abreagieren der Triebe bei den Massen dienen.

Anm. 2: Schönke-Schröder 1961 § 226 a A V meint, daß schwere Verstöße gegen die Regeln eines an sich sittlich durchaus gerechtfertigten Sportes sittenwidrig seien und die dadurch hervorgerufene Verletzung durch Einwilligung nicht geheilt werde.

2. Kapitel

DAS ZÜCHTIGUNGSRECHT

§ 1

Das Züchtigungsrecht des Lehrers

Zu den alten Streitfragen des Rechtes der Körperverletzungen gehört das Problem des Züchtigungsrechtes des Lehrers, vor allem des Volksschullehrers. Da das Züchtigungsrecht des Lehrers sich noch nie und in keinem deutschen Land auf eine *lex scripta* stützen konnte, die Begründung für seine Anerkennung vielmehr letztlich immer aus dem Gewohnheitsrecht geschöpft wurde, andererseits hier aber seit Jahrzehnten ein fortschreitender Wertungswandel platzgegriffen hat, läßt gerade die Rechtsprechung zum Züchtigungsrecht einen deutlichen Einfluß dieses Wertungswandels auf die Rechtsprechung erwarten.

I. Das Züchtigungsrecht in der pädagogischen Wissenschaft und der pädagogischen Literatur im allgemeinen:

Die zur Zeit umfassendste Darstellung der verschiedenen Auffassungen in der pädagogischen Literatur über den erzieherischen Wert oder Unwert der körperlichen Züchtigung ist in der Tübinger Dissertation des Pädagogen und Juristen Paul Kaiser über das Züchtigungsrecht des Volksschullehrers aus dem Jahre 1958 enthalten. Kaiser kommt zu dem Ergebnis, daß in der pädagogischen Literatur der letzten Jahrzehnte das Züchtigungsrecht ganz überwiegend entweder völlig abgelehnt oder nur ganz besonderen Ausnahmefällen vorbehalten worden sei. Nur aus den Kreisen der sog. Praktiker an den Schulen habe sich hier und da eine Stimme für eine maßvolle körperliche Züchtigung erhoben.¹ Als Argumente gegen die körperliche Züchtigung in der

Anm. 1: Als Autoren, die der körperlichen Züchtigung völlig ablehnend gegenüberstehen nennt Kaiser u. a.: Abb, Lehrbuch, der allgemeinen Erziehungs- und Bildungslehre S. 167 insbesondere; Gabert, Die Strafe in der Selbsterziehung und in der Erziehung des Kindes S. 68; Key, Das Jahrhundert des Kindes, S. 138, Müller-Eckhard, Das unverständene Kind, S. 178 insbesondere; Ehrenreich, Zum Problem der Schulstrafen, in Bildung und Erziehung S. 45; Bohl, Das Problem der körperlichen Strafe in der Erziehung 1949 S. 56 f; Schohaus, Stichwort Strafe im Lexikon für Pädagogik Bern 1951; Trost, Pädagogik ohne Stock, Allgemeine deutsche Lehrerzeitung, Beilage Wirtschaft und Recht Jahrgang 1953 Heft 4, 5, 6. (Auch Vogelhuber, Erziehungslehre S. 274)

An Autoren, die nur in besonderen Ausnahmefällen für die körperliche Züchtigung sind, nennt Kaiser: Öestreich, Strafanstalt oder Lebensschule, S. 161

Schule seien immer wieder die folgenden Gesichtspunkte vorgetragen worden:

- a. Der Versuch, den Schüler durch einen "unlustvoll" oder gar schmerzhaft empfundenen Eingriff in seine Leibsphäre zu erziehen, sei ein Akt der Dressur nicht der Erziehung. Sobald ein Kind über das sog. Trotzalter hinaus sei, wirke die Verlegung der erzieherischen Reaktion in das Körperliche beleidigend, das Kind werde als zu sittlichem Handeln fähiger Mensch nicht ernst genommen.
- b. Der Akt der Züchtigung erscheine roh, brutal und unästhetisch; das Kind werde in eine seelische Abwehrreaktion gedrängt.
- c. Die Körperstrafe sei als Sühnemittel untauglich, sie stehe in keinem inneren Zusammenhang mit dem Verbrechen. Sie treffe nicht das Triebgebiet, aus dem das Unrecht stamme.
- d. Die körperliche Züchtigung stumpfe die Gefühle des Kindes ab und erziehe es zur Rohheit.

Die meisten Befürworter der körperlichen Züchtigung unter den Praktikern dagegen hätten vor allem die Sicherung der Disziplin im Auge, während, wenigstens in der Öffentlichkeit, sog. Lernschläge auch von ihnen verurteilt würden. - Kaiser selbst (S. 58) hält die körperliche Züchtigung in maßvollem Umfang zur Störungsabwehr und Autoritätsverteidigung in besonders krassen Fällen für vertretbar und unerläßlich. Als Fälle, in denen eine körperliche Züchtigung angezeigt ist, nennt er: Maßlose Albernheiten, Respektlosigkeiten, grobe Widersetzlichkeiten und sonstige Mißachtungen der Autorität. Schließlich will er die körperliche Züchtigung auch noch in dem Ausnahmefall zulassen, daß ein Kind mit den normalen erzieherischen Mitteln überhaupt nicht ansprechbar sei.

Eine Durchsicht der bei Kaiser verarbeiteten pädagogischen Literatur ergibt, daß aus den Stellungnahmen der der körperlichen Züchtigung völlig ablehnend gegenüberstehenden Pädagogen kaum je der Schluß gezogen werden kann, daß sie überhaupt keinen Fall anerkenne, in dem die körperliche Züchtigung am Platze sein könnte. Daß die körperliche Züchtigung nicht ausdrücklich für die etwa von Kaiser angeführten Fälle für angezeigt bezeichnet wird, mag nicht selten nur daran liegen, daß das Vorhandensein solcher Fälle für die Autoren eine Selbstverständlichkeit zu sein schien, auf die besonders hinzuweisen es sich nicht lohne. Auch sind viele der von Kaiser als völlig ablehnend zitierten Äußerungen dann besser zu verstehen, wenn man berücksichtigt, daß sie als Reformforderungen vorgetragen wurden. Eine Einschränkung und ein Hinweis auf Ausnahmen hätte das Gewicht der Aussagen verringert. Man darf nämlich nicht vergessen, daß jedenfalls in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts, aber auch noch in der eigenen Schulzeit des Verfassers in den vierziger Jahren Lernschläge in der täglichen Schulpraxis wenn auch in wohl sehr unterschiedlichem Umfange durchaus üblich waren.

und ebenda Kerschensteiner S. 12; Reinhardt S. 19, Neumann S. 42 (und, von Kaiser nicht genannt: Esterhues, Lexikon für Pädagogik (Münster-Salzburg) Stichwort Strafe)

Es läßt sich also wohl sagen, daß Kaiser sich mit seinen eigenen Wertungen in allgemeinen im Einklang mit der herrschenden pädagogischen Lehre und wohl auch einem Großteil der pädagogischen Praxis befindet.²

II. Das Züchtigungsrecht in den schulrechtlichen Vorschriften der Länder³

In Bayern war die körperliche Züchtigung in der Volksschule in beschränktem Umfang stets gestattet. Ein völliges Verbot erhielt allerdings ein Ministerialerlaß des früheren bayerischen Kultusministers Dr. Fendt vom 5. 6. 1946. Bereits im darauf folgenden Jahr jedoch gestattete eine Bekanntmachung des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 30. 6. 1947 (Nr. IV 27/227) KMBI S. 66 die maßvolle körperliche Züchtigung wieder bei schweren disziplinarischen Verstößen, insbesondere grober Unbotmäßigkeit und Rohheit. Die Züchtigung blieb jedoch verboten was den Gebrauch sog. Lernschläge anlangt. Auch wurde die körperliche Züchtigung von Mädchen und Kindern im ersten Schuljahr untersagt.⁴

Ähnlich wie in Bayern wurde in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Baden-Württemberg die körperliche Züchtigung nach diesem Kriege durch Ministerialerlasse nurmehr für besondere Ausnahmefälle in maßvoller Weise erlaubt.⁵

In Hessen, Bremen, Hamburg und Berlin wurde ein völliges Verbot der körperlichen Züchtigung ausgesprochen.⁶

Betrachtet man diese landesrechtlichen Regelungen, so zeigt sich ähnlich wie auch in der pädagogischen Wissenschaft die fortschreitender Tendenz zu möglichst weitgehender Eindämmung der körperlichen Züchtigung, die besonders in den verschiedenen Ministerialentschließungen aus der Zeit nach

Anm. 2: Inwieweit Lernschläge auch heute noch zur schulischen Praxis gehören, läßt sich für den Verfasser als Juristen nur schwer feststellen.

Anm. 3: Die schulrechtlichen Vorschriften, um die es sich hier handelt, sind Verordnungen oder bloße Ministerialentschließungen. Sie stellen keine Rechtsgrundlage für das Züchtigungsrecht dar und ein Verstoß gegen sie begründet noch nicht eo ipso auch die Strafbarkeit des Verhaltens. Freilich kann der Lehrer in jedem Fall disziplinarrechtlich verantwortlich gemacht werden.

Anm. 4: Die Ministerialbekanntmachung vom 30. 6. 1947 (sog. Hundhammererlaß) erging auf Grund der weiter unten im Text wiedergegebenen Elternbefragung. Im Jahre 1956 sprach sich der bayer. Landesschulbeirat gegen eine Aufhebung dieses Erlasses aus.

Anm. 5 und Anm. 6: Siehe Kaiser S. 95 ff hinsichtlich der näheren Fundstellen.

diesem Kriege zum Ausdruck gekommen ist. Einige, wenn auch nicht die Mehrheit der Länder, sind darüber hinaus zu einem disziplinarrechtlich sanktionierten völligen Verbot der körperlichen Züchtigung gelangt.

III. Die Wertung der Allgemeinheit

Auch ganz allgemein in der Rechtsgemeinschaft dürfte in den letzten Jahrzehnten eine noch immer andauernde Verschiebung der Wertungen eingetreten sein. Während früher die körperliche Züchtigung als etwas für die Schule durchaus Natürliches empfunden wurde, ist dies aus vielen Gründen heute nicht mehr der Fall: Ein Grund für die früher nahezu allseitige Billigung der körperlichen Züchtigung in der Schule dürfte darin zu sehen sein, daß der Kontakt zwischen Elternhaus und Lehrer in aller Regel enger war, sofern man die großstädtischen Verhältnisse einmal außer Acht läßt. Dem zumeist persönlich bekannten Lehrer billigte man ein weitergehendes Erziehungsrecht zu als dies bei der heute herrschenden Anonymität der Fall ist.^{6a} Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß auch die Erziehung in der Familie viel stärker vom Autoritätsgedanken bestimmt war als heute. Dieser letzte Gedanke führt in nur teilweise mit soziologischen Maßstäben auszulotende Tiefen. Das Schwinden der Autoritätserziehung in der Schule und im Elternhaus dürfte zusammenhängen mit einem Wandel des Menschenbildes überhaupt. Hierauf näher einzugehen ist in dieser Arbeit jedoch nicht der Ort.⁷

Kaiser und Erdsiek⁸ berichten von einer Meinungsumfrage innerhalb der bayerischen Elternschaft, auf Grund deren dann die zweite bayerische Ministerialentschließung aus dem Jahre 1947 erging, welche die körperliche Züchtigung wieder in engen Grenzen und für besondere Ausnahmefälle gestattete. 61 % der befragten Eltern sprachen sich damals für eine maßvolle körperliche Züchtigung in besonderen Ausnahmefällen zur Aufrechterhaltung der schulischen Disziplin aus.

Daneben teilt Kaiser auch das Ergebnis einer Elternbefragung aus Berlin aus dem Jahre 1955 mit, bei der sich eine Mehrheit von 85 % für einen grundsätzlichen Verzicht auf körperliche Züchtigung aber für deren Zulässigkeit in Ausnahmefällen ausgesprochen hatte.

Kaiser glaubt aus all dem den Schluß ziehen zu können, daß sich im Augenblick weder für noch gegen das Züchtigungsrecht eine klar überwiegende Mei-

Anm. 6a: Daß dem heute nicht mehr so ist, geht nicht zuletzt aus der immerhin beträchtlichen Zahl von Beschwerden, Anzeigen und Privatklagen gegen Lehrer hervor, die wegen wirklich oder vermeintlich unberechtigter Züchtigung erhoben werden.

Anm. 7: Nicht ohne Interesse ist auch die Parallelität der demokratischen Entwicklung und der modernen Erziehungsformen.

nung gebildet habe. Er meint aber wohl feststellen zu können, daß die große Mehrheit der Bevölkerung ein Züchtigungsrecht in **Ausnahmefällen** ebenso billige wie sie ein uneingeschränktes und auch in den Voraussetzungen seiner **Ausübung** allein dem Ermessen des Lehrers überlassenes Züchtigungsrecht ablehne. Diesen Ergebnissen Kaisers dürfte auch für den gegenwärtigen Zeitpunkt zuzustimmen sein. Im Dezember 1959 hat das Demoskopische Institut in **Allensbach** auf **Anregung** des Verfassers eine neue Umfrage durchgeführt, deren Ergebnisse sich im wesentlichen mit der früheren Umfragen, die der Arbeit Kaisers zugrunde lagen, decken. Die Fragestellung lautete:⁹ "Wenn es nach Ihnen ginge: sollte dem Lehrer grundsätzlich erlaubt oder verboten sein, einen Schüler zu ohrfeigen, wenn er es verdient?" und "Sollte die Prügelstrafe in der Schule grundsätzlich erlaubt oder verboten werden?"

Die erste Frage wurde wie folgt beantwortet:

	Alle Erwachsenen	Eltern von Volkssch.	Schülern höh. Sch.	Übr. Bevölkerung ohne Kinder
Es sollte dem Lehrer erlaubt sein	66 %	68 %	48 %	68 %
verboten sein	27 %	31 %	45 %	24 %
unentschieden	7 %	1 %	7 %	8 %
	100 %	100 %	100 %	100 %

Die zweite Frage:

	Alle Erwachsenen	Eltern von Volksschülern	Schülern höh.-Sch.	Übr. Bevölkerung ohne Kinder
Die Prügelstrafe in der Schule sollte erlaubt werden	49 %	53 %	39 %	48 %
verboten sein	41 %	39 %	45 %	40 %
unentschieden	10 %	8 %	16 %	12 %
	100 %	100 %	100 %	100 %

Versucht man eine **Auswertung** dieser Umfrage, so zeigt sich, daß sich eine echte Mehrheit heute nur noch für eine leichte **Art** der Züchtigung finden läßt. Aus dem Umstand, daß diese Mehrheit gleichwohl nicht überwältigend war, wird man schließen müssen, daß der Großteil der Eltern dem Lehrer

Anm. 8: Kaiser a. a. O S. 145 F; Erdsiek NJW 1958 S. 2008

Anm. 9: Die Formulierung der Fragen stammt nicht vom Verfasser. Leider ist in die Fragestellung die Frage nicht einbezogen worden, unter welchen Voraussetzungen eine Züchtigung erfolgen soll.

auch bei der leichten Züchtigung nicht völlig freie Hand bei der Beurteilung der Voraussetzungen für die Züchtigung lassen will und einen ernsthaften und schwerwiegenden Anlaß verlangt. Man wird also wohl von einem Gewohnheitsrecht zur körperlichen Züchtigung nur dort sprechen können, wo die körperliche Züchtigung nur leicht und ein entsprechend bedeutsamer Anlaß zu ihrer Ausübung vorhanden ist. Vorwiegend werden dies disziplinarische Gründe sein. Allerdings werden wohl auch noch heute geringfügige Züchtigungen selbst dann als gerechtfertigt angesehen, wenn sie nicht unbedingt das letzte Mittel für den Lehrer darstellen. Nicht mehr mit Sicherheit läßt sich aber sagen, ob auch sog. Lernschläge noch überwiegend gebilligt werden. Die Existenz eines dahingehenden Gewohnheitsrechts ist vor allem im Hinblick auf die bayerische Umfrage des Jahre 1947 und die Berliner Umfrage des Jahres 1955 zweifelhaft geworden.

IV. Das Züchtigungsrecht in der juristischen Wissenschaft

In der eigentlich strafrechtlichen Literatur ist bis in die Gegenwart stets ein gewohnheitsrechtlich begründetes Züchtigungsrecht des Volksschullehrers angenommen worden. In neueren Veröffentlichungen findet sich häufig die Behauptung, daß sich in diesem Gewohnheitsrecht durch einen eventuellen Wertungswandel bis heute nichts geändert habe. Auf die Möglichkeit eines inhaltlichen Wandels des Gewohnheitsrechtes wird fast nirgends eingegangen. Zum Ausmaß der körperlichen Züchtigung wird erklärt, daß die Züchtigung angemessen sein und sich in den Grenzen des sittlich Vertretbaren halten müsse.¹⁰

Ein Angriff gegen die Anerkennung eines gewohnheitsrechtlichen Züchtigungsrechtes ist aber erst vor Kurzem in der verfassungsrechtlichen Literatur durch Dürig in Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, vorgetragen worden: Dürig vertritt, gestützt auf die pädagogische Literatur, die Auffassung, die körperliche Züchtigung als Erziehungsmittel verletze die Würde der menschlichen Person und verstoße gegen Art. 2 III S1 i. V. m. Art. 1 und 19/II GG. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Recht auf Wahrung der Menschenwürde würden durch die körperliche Züchtigung in ihrem Wesensgehalt angetastet. Es sei nicht möglich, das Züchtigungsrecht in der Schule aufrecht zu erhalten, während gleichzeitig eben wegen des in der körperlichen Züchtigung liegenden Verstoßes gegen die Würde der menschlichen Person ein Züchtigungsrecht in irgendeinem anderen Falle nicht mehr anerkannt werde. Es sei zwar richtig, daß

Anm. 10: So etwa Schaefer LK 1958 § 223 A III 4c, jedoch sehr einschränkend; Maurach, BT S. 76 ff; Schönke 1961 § 223 A VI 2; Kohlrausch-Lange 1961 Anm. II zu § 223. Zur Umschreibung des Umfangs des Züchtigungsrechtes wird fast überall nicht auf die sozialen Wertungen sondern den pädagogischen Zweck abgestellt.

der Lehrer in bestimmten eng umgrenzten Ausnahmefällen im Interesse der Schuldisziplin und der Wahrung der eigenen Autorität auch das Recht haben müsse, leichte Schläge auszuteilen. Um diese Fälle zu rechtfertigen sei es aber nicht nötig, ein gewohnheitsrechtliches Züchtigungsrecht anzunehmen, denn im Grunde seien Schläge dieser Art nichts anderes als Notwehrhandlungen. Auch die Ordnung und Disziplin der Klasse seien notwehrfähige Güter.^{11, 11a}

§ 2

Die Rechtsprechung zum Züchtigungsrecht

I. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht hat nur ausnahmsweise das Gewohnheitsrecht ausdrücklich als Grundlage für das Züchtigungsrecht des Lehrers genannt wie etwa in der Entscheidung RG 31/271. Wenn freilich in den meisten Entscheidungen das Züchtigungsrecht aus dem Erziehungsrecht des Lehrers abgeleitet wird, so steht hinter dieser Konstruktion doch erkennbar die Annahme eines Gewohnheitsrechtes, auf das hinzuweisen dem Gericht offenbar überflüssig erschien. So in den Entscheidungen RG 2/10; 5/129; 19/265; 20/71; 33/72; 35/182; 43/277 (Züchtigungsrecht gegenüber Schülern der unteren Klassen der höheren Lehranstalten). 45/1; 73/257.¹² Zumindest in den ersten Entscheidungen hat das Reichsgericht angenommen, daß Inhalt und Umfang des Züchtigungsrechtes durch die landesrechtlichen Schulvorschriften bestimmt würden, auch wenn diesen nicht der Rang einer Rechtsnorm zukam. Aus der Entscheidung RG Recht 1915 Nr. 1227 insbesondere folgert Kaiser zu Recht, daß das Reichsgericht es abgelehnt habe, im Einzelfall die Erforderlichkeit der Züchtigung nachzuprüfen und damit dem Ermessen des Lehrers weiten Spielraum gelassen habe. Kaiser glaubt dies damit erklären zu können, daß zur Zeit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung die körperliche Züchtigung eben als angemessenes Erziehungsmittel angesehen

Anm. 11: Maunz-Dürig, Kommentar zum GG S. 106 zu Art. 2 GG Rand Nr. 47

Anm. 11a: Ähnlich wie Dürig auch Bader JZ 54/755 und Kopp 55/319 und Kaiser a. a. O S. 264/65 und 307 ff: Wo die körperliche Züchtigung nach einhelligem pädagogischem Urteil ein ungeeignetes Mittel zur Erziehung sei, scheitere ihre Zulässigkeit an der Wesensgehaltssperre des Art. 19 II GG. Kaiser glaubt aber im Gegensatz zu Dürig, daß auch in den Fällen, in denen auch nach seiner Ansicht die körperliche Züchtigung noch vertretbar und sinnvoll ist, die Rechtswidrigkeit sich nur über die Annahme eines inhaltlich entsprechend begrenzten Gewohnheitsrechtes ausschließen lasse.

Anm. 12: RG 42/221 verneint ein Züchtigungsrecht gegenüber Schülern an

worden sei.

II. Die Rechtsprechung nach 1945 bis zur Gegenwart:

An bedeutsamen Entscheidungen sind insbesondere zu nennen: Eine Entscheidung des OLG Hamm, abgedruckt in NJW 1956/690, ein Urteil des OLG Schlesweg in NJW 1956/1002 und die Urteile BGH 6/263 und 11/241.

Das OLG Hamm brachte, mit seiner Rechtsprechung klar in der reichsgerichtlichen Tradition stehend, zum Ausdruck, Erziehungsaufgabe und Erziehungsrecht des Volksschullehrers schlossen kraft Gewohnheitsrechts auch das Recht ein, angemessene und maßvolle körperliche Zuchtmittel anzuwenden. Einen inhaltlichen Wandel dieses Gewohnheitsrechts, dergestalt, daß die körperliche Züchtigung nur unter bestimmten engen Voraussetzungen gerechtfertigt sein solle, nimmt das Gericht nicht an, ja geht auf diese Frage überhaupt nicht ein. Weder die pädagogischen Wertungen noch die Rechtsauffassung der Allgemeinheit werden einer näheren Untersuchung unterworfen. Man hat den Eindruck, daß das Gericht seine Entscheidung mehr aus der Natur der Sache als aus den sozialen Wertungen geschöpft hat.

Auch das OLG Schlesweg glaubt, daß die maßvolle körperliche Züchtigung in der Schule nach wie vor gewohnheitsrechtlich gerechtfertigt sei. Wohl sei der erzieherische Wert der körperlichen Züchtigung in der Pädagogik wie auch bei den Eltern zweifelhaft geworden. Vom Überwiegen einer das Züchtigungsrecht des Lehrers allgemein mißbilligenden Wertung könne man aber nicht sprechen. Den Nachweis für das Fortbestehen des Gewohnheitsrechtes im bisherigen Umfang tritt das Gericht allerdings nicht an. Ein Eingehen auf die pädagogische Literatur fehlt völlig.

Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung 6/263 aus dem Jahre 1954 angenommen, daß unter den heutigen Verhältnissen ein Züchtigungsrecht nur in ganz seltenen Ausnahmefällen gegeben sein könne. Selbst dann aber könne niemals allein die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Schulzucht die Züchtigung rechtfertigen sondern sei diese nur dort vertretbar und rechtlich zulässig, wo die Sorge für die sittliche und charakterliche Entwicklung des Kindes selbst sie zwingend geboten. Die früheren Anschauungen, nach welchen die körperliche Züchtigung in größerem Umfang als geeignetes Erziehungsmittel betrachtet worden sei, hätten sich grundlegend gewandelt. In der geschichtlichen Entwicklung seien die verschiedenen früher bestehenden Züchtigungsrechte (so gegenüber dem Soldaten, dem Strafgefangenen usw.) nach und nach gefallen, weil sie als unerträglich empfunden worden seien. Diese Entwicklungstendenzen müsse man

Oberklassen höherer Lehranstalten, da hier die körperliche Züchtigung geeignet sei, das Ehrgefühl der Betroffenen zu verletzen sowie Haß und Erbitterung gegen den Lehrer zu wecken.

beachten, wenn man die Frage nach der Zulässigkeit der körperlichen Züchtigung in der Schule beurteilen wolle. Als ein Indiz dafür, daß die pädagogische Wissenschaft die körperliche Züchtigung als ungeeignetes Erziehungsmittel betrachte, seien die verschiedenen landesrechtlichen Verordnungen und Bekanntmachungen zu werden, die dem Lehrer möglichste Enthaltung von der körperlichen Züchtigung zur Pflicht machten oder diese sogar ganz verböten.

Dieses Urteil des Bundesgerichtshofes, welches in der schulischen Praxis große Rechtsunsicherheit hervorgerufen hat, schöpft Inhalt und Grenzen des Züchtigungsrechtes ebenso wie die meisten reichsgerichtlichen Urteile nicht unmittelbar aus den sozialen Wertungen, das ist der Rechtsüberzeugung der Allgemeinheit. Entscheidend scheint für den Senat weniger die Frage nach der geübten Rechtsüberzeugung (= Gewohnheitsrecht) als vielmehr die nach der pädagogischen Vertretbarkeit der körperlichen Züchtigung gewesen zu sein. Da für das Gericht der Unwert der körperlichen Züchtigung als Erziehungsmittel feststand, glaubte es im wesentlichen allein auf Grund dieser Tatsache abgesehen von gewissen sehr eng umgrenzten Ausnahmen ein Züchtigungsrecht des Lehrers verneinen zu können.

Das Gericht hat sich daher auch nicht die Mühe gemacht, die Wertungen der Elternschaft näher zu erforschen. Der bloße Hinweis auf allgemeine Tendenzen in der wertmäßigen Beurteilung der körperlichen Züchtigung kann wohl kaum als genügender Nachweis für die Entstehung derogativen Gewohnheitsrechts angesehen werden.

Tatsächlich hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGH 11/241 (2. Senat) eine positivere Haltung zum Züchtigungsrecht eingenommen. Der Lehrer, so wird aufgeführt, sei noch immer kraft Gewohnheitsrechts zur maßvollen Züchtigung aus hinreichendem Anlaß befugt. Unter Pädagogen sei die Züchtigungsbefugnis des Lehrers unstritten. Vollends sei es innerhalb der Elternschaft nicht zu einer überwiegenden Ablehnung einer leichten Züchtigung gekommen. Zum Beweis hierfür beruft sich das Gericht u. a. auf die oben S. 153 Anm. 4 zitierte Stellungnahme des bayerischen Landeschulbeirates, der es abgelehnt hatte, dem Kultusministerium die Aufhebung des die Züchtigung in engem Rahmen gestattenden Ministerialerlasses zu empfehlen.

Diese zweite und bis heute letzte grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum Züchtigungsrecht sucht sich im Gegensatz zu der vorgenannten Entscheidung wirklich an den sozialen Wertungen und der herrschenden Schulpraxis zu orientieren. Die sozialen Wertungen sind in ihr Maßstab der Entscheidung. Allerdings ist auch hier nicht untersucht, welche Grenzen das Gewohnheitsrecht zur Züchtigung nach allgemeiner Rechtsüberzeugung heu-

te aufweist. Der Wertungswandel, der in Erziehungsfragen platzgegriffen und eine Abwendung von der straffen Autoritätserziehung mit sich gebracht hat, wird in dem Urteil nicht berücksichtigt und man könnte meinen, daß das Gewohnheitsrecht heute noch immer den gleichen Umfang habe wie vor einigen Jahrzehnten. Dem wird man im Hinblick auf das oben unter § 1 ausgebreitete Material nicht mehr zustimmen können. Der Umstand, daß das Urteil diesen Mangel aufweist, läßt die Frage auftauchen, wie weit der Richter überhaupt in der Lage ist, die sozialen Wertungen über einen einigermaßen komplexen Sachverhalt aufzufinden. Hierüber wird im Schlußkapitel noch näher zu handeln sein.

§ 3

Das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern

Die Rechtsprechung hat zwar gelegentlich ein Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern bejaht (so etwa die freilich schon ziemlich lang zurückliegende Entscheidung OLG Dresden JW 1931/II S. 1392 Anm. 39), zur Begründung dieses Ergebnisses aber ebensowenig wie in anderen Urteilen zur Verneinung eines solchen Rechtes auf die sozialen Wertungen abgestellt. Die Annahme eines Züchtigungsrechtes ist meist auf Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt worden.¹ Die Existenz eines gewohnheitsrechtlichen Züchtigungsrechtes Erwachsenen gegenüber fremden Kindern ist ernsthaft nie behauptet worden. Da den sozialen Wertungen somit in der Rechtsprechung keine Bedeutung beigemessen wurde, kann hier auf die Ermittlung des Standes der Wertungen verzichtet werden. Ein solches Unterfangen müßte auch auf die größten Schwierigkeiten stoßen, da die Wertungen hier sicherlich noch uneinheitlicher sind als hinsichtlich der Züchtigungsbefugnis des Lehrers. Es kann nur vermutet werden, daß ein Züchtigungsrecht allenfalls für ganz besonders gelagerte Ausnahmefälle überwiegend gebilligt wird.

Anm. 1: Weitere Urteile benennt Schaffstein in JW 1931 III S. 2844 f

3. Kapitel

Zusammenfassung:

Die Rechtsprechung zu den Körperverletzungstatbeständen hat soziale Wertungen als Auslegungsbehelf immer wieder zur Beurteilung der rechtfertigenden Kraft der Einwilligung herangezogen. Ein offenes Abstellen auf die sozialen Wertungen wurde der Rechtsprechung insbesondere durch die Einfügung des § 226 a in das Strafgesetzbuch ermöglicht. Indessen ist in der Rechtsprechung zu diesem Merkmal kaum je ein Wertungswandel in Erscheinung getreten. Überblickt man das in diesem Abschnitt ausgebreitete Material, so wird man annehmen können, daß die Mehrheitswertung in fast allen Fällen im wesentlichen gleichgeblieben ist. Dies gilt insbesondere von der freiwilligen Unfruchtbarmachung, die im Regelfall noch immer dem überwiegenden Unwerturteil unterliegt und zu deren Anerkennung sich die Rechtsprechung daher auch nicht veranlaßt sah.

Die Rechtsprechung zum ärztlichen Eingriff hat ihre Ergebnisse zu einem großen Teil nicht mit Hilfe des Abstellens auf die sozialen Wertungen sondern durch begriffliche Deduktionen erzielt. Dies gilt einmal für die Rechtsprechung zur Tatbestandsmäßigkeit der ärztlichen Operation, dann aber auch für die Entscheidungen zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht.

Auch die Rechtsprechung zum Züchtigungsrecht hat, soweit ein Gewohnheitsrecht überhaupt anerkannt wurde, nicht versucht, den heutigen Inhalt des Züchtigungsrechtes den innerhalb der Gesellschaft vorhandenen Wertvorstellungen zu entnehmen, bzw. einen Wertungswandel innerhalb der letzten Jahrzehnte überzeugend darzutun. Vielmehr wurde für die Voraussetzungen und Grenzen der Züchtigungsbefugnis des Lehrers meist auf den Erziehungszweck, das ist also die Natur der Sache, abgestellt.

IV. Abschnitt

Methodische Fragen:

1. Kapitel:

Die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf in der Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten, der Abtreibung und der Körperverletzung (Zusammenfassung)

§ 1

Die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf bei der Anwendung der objektiven Auslegungsmethode:

Jedenfalls die neuere Rechtsprechung zu den hier behandelten Delikten hat, wie sich jetzt zusammenfassend feststellen läßt, grundsätzlich die objektive Auslegungsmethode angewandt, d.h. die Gegenwartsvorstellungen von den geschützten Rechtsgütern und vom Unrechtsgehalt der Handlungen zugrundegelegt.

A. Bei den Tötungsdelikten hat dies indessen kaum je zu Ergebnissen geführt, die von den mit der subjektiven Auslegungsmethode zu erzielenden verschieden gewesen wären. Die Ursache hierfür ist darin zu sehen, daß die Auffassungen vom Rechtsgut und Unrechtsgehalt der Tötungsdelikte sich nicht wesentlich geändert haben. Bestrebungen, die auf eine Verengung des Rechtsgutsbegriffs und eine entsprechende Beschränkung des Schutzes auf sog. "lebenswertes Leben" gerichtet waren, haben im allgemeinen Rechtsbewußtsein niemals so große Bedeutung erlangt, daß sie einer gewissenhaft gehandhabten objektiven Auslegungsmethode als hinreichende Grundlage für eine einschränkende Interpretation der §§ 211 ff hätten dienen können. Auch den Fall der Euthanasie im Sinne einer echten Lebensverkürzung hat man nicht über eine restriktive Auslegung des § 216 zu lösen versucht, wahrscheinlich ebenfalls deshalb, weil sich keine klare Wertung innerhalb der Rechtsgemeinschaft herausgebildet hatte. Bei Ausfüllung der normativen Tatbestandsmerkmale in § 211, insbesondere des Merkmals der "niedrigen Beweggründe", hat die Rechtsprechung zwar immer auf die Gegenwartswertung abgestellt, ein Wertungswandel hat hier aber seit 1941 auch kaum in einer Beziehung stattgefunden. Eine Sonderstellung nimmt nur die Tötung aus politischen Motiven ein, bei denen der Wertungswandel aber auch nicht die Gesamtgesellschaft ergriffen hat (auf die Ausführungen im Abschnitt über die Tötungsdelikte S. 571 wird verwiesen). Auf die Rechtsprechung konnte sich dieser teilweise Wertungswandel nicht auswirken, weil es den politischen Mord im westlichen Deutschland nach 1945 kaum gegeben hat. Die Straftaten aus früherer Zeit, die

in der Gegenwart zur Aburteilung kamen, waren in aller Regel nicht so gelagert, daß die Täter als Überzeugungsverbrecher angesehen werden konnten, auf die die mildere Beurteilung innerhalb der Rechtsgemeinschaft zugetroffen hätte.

Was schließlich den Fall der medizinisch indizierten Perforation anlangt, so ist eine moderne höchstrichterliche Entscheidung, die ausdrücklich hierzu ergangen wäre, nicht bekannt geworden. Die Entscheidung RG 61/242, die einen Fall der Schwangerschaftsunterbrechung betrifft, enthält sich einer ausdrücklichen Stellungnahme zur Frage der Rechtfertigung der medizinisch indizierten Perforation. Man wird auch kaum den Schluß ziehen können, daß RG habe wenigstens indirekt zum Fall der Perforation Stellung genommen, insofern nämlich als der Grundsatz der Güterabwägung, der dem Gericht zur Rechtfertigung der med. ind. Schwangerschaftsunterbrechung diene, hier nicht Anwendung finden könne (Menschliches Leben steht menschlichem Leben gegenüber!). Man wird daher den Fall der medizinisch indizierten Perforation als durch die Rechtsprechung nicht behandelt ansehen müssen.

B. Bei der Abtreibung: Auch bei der Abtreibung hat die ständige Rechtsprechung die objektive Auslegungstheorie zwar nicht *expressis verbis*, wohl aber der Sache nach angewandt.

Die Rechtsprechung zum übergesetzlichen Notstand basierte wesentlich auf einer gegenüber der des Gesetzgebers von 1871 gewandelten Rechtsguttsicht.¹ Wenn als Rechtsgut des § 218 in einer stets wiederholten Formel die Leibesfrucht als Kern der sich entwickelnden Persönlichkeit bezeichnet wurde, so hat man wohl abgesehen von den letzten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes den Embryo niemals als Träger echt menschlichen Lebens betrachtet. Daß für diese Rechtsprechung der Blick auf die sozialen Wertungen stark mitbestimmend war, zeigt RG 61/242 ganz deutlich.

Immerhin ging man bei der Anwendung der objektiven Auslegungsmethode nicht so weit, daß man offen lediglich das bevölkerungspolitische Interesse als Rechtsgut proklamiert hätte.² Für diese Zurückhaltung bei der Anwendung der objektiven Auslegungsmethode dürfte neben der systematischen Stellung des § 218, die nicht ganz unberücksichtigt bleiben konnte, auch die Erkenntnis maßgebend gewesen sein, daß der Gedanke, § 218 diene dem Schutze des bevölkerungspolitischen Interesses, dem einfachen Mann verhältnismäßig fern liegt und für die herrschende soziale Wertung niemals im Vordergrund stand.

Anm. 1: Siehe oben Seite 88 ff

Anm. 2: Auf die Möglichkeit, mit Hilfe einer derartigen Fassung des Rechtsguttsbegriffes die Fälle der medizinischen und eugenischen Indikation allein im Wege der restriktiven Auslegung zu lesen, ist bereits auf Seite 121 hingewiesen worden.

C. Bei der Körperverletzung

Zu einem Musterfall für die objektiven Auslegungsmethode hätte die Rechtsprechung zum ärztlichen Eingriff werden können. Die allgemeine soziale Bewertung des ärztlichen Eingriffs, die diesen von den Fällen der kriminellen Körperverletzung deutlich abhebt, hätte eine hinreichende Grundlage für eine restriktive Auslegung der §§ 223 ff StGB abgegeben. Die Rechtsprechung hat von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht und bis heute den ärztlichen Eingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung behandelt. Dabei haben RG und BGH aber auch nicht die subjektive Auslegungsmethode zugrunde gelegt, denn die Motive ergeben nichts darüber, ob der Gesetzgeber auch den ärztlichen Eingriff unter den Tatbestand eingeordnet wissen wollte. Vielmehr ist die Rechtsprechung eine Folge des begriffsjuristisch engen Haftens am Wortlaut unter Vernachlässigung des sozialen Sinbezugs einer Handlung. Auch mag das Bedürfnis mitgesprochen haben, eine Strafvorschrift für die ohne Einwilligung vorgenommenen Operation zur Hand zu haben.

Im übrigen hat die Rechtsprechung zu den einzelnen Fällen der Körperverletzung stets die objektive Auslegungsmethode zugrunde gelegt, insbesondere bei der Frage, welche Körperverletzungshandlungen trotz Einwilligung gegen die guten Sitten verstoßen (§ 226 a). Insoweit soll aber auf die Ausführungen im nächstfolgenden Paragraphen verwiesen werden.

§ 2

Die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf bei der Ausfüllung der sog. normativen Tatbestandsmerkmale im Bereich der hier behandelten Deliktgruppe:

Die Rechtsprechung zum Merkmal der niedrigen Beweggründe in § 211 hat das Merkmal so ausgelegt, daß darunter Motive zu verstehen seien, die nach "sittlichem Empfinden" auf der untersten Stufe ständen. Es besteht kein Zweifel, daß die Entscheidungen dabei die Gegenwartswertungen innerhalb der Rechtsgemeinschaft im Auge hatten. Nirgends jedoch findet sich eine nähere Untersuchung dieser sozialen Wertungen und zwar wohl deshalb, weil die Gerichte keinen Zweifel an der Allgemeinheit der den Entscheidungen zugrunde gelegten Wertungen besaßen. In der Rechtsprechung zum Merkmal der "guten Sitten" in § 226 a kam deutlicher zum Ausdruck, daß die Obergerichte hierin eine Verweisung auf die sozialen Wertungen sahen. Dies gilt insbesondere für die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Frage der studentischen Schlägermensur im 4. Band der amtlichen Sammlung, die im Merkmal der guten Sitten eine Verweisung

auf das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" erblickt.³

Bei der Interpretation der Merkmale "grausam" und "heimtückisch" in § 211 haben die Gerichte, insbesondere der Bundesgerichtshof zwar immer wieder betont, daß hier keine Ausfüllungsbedürftigkeit durch irgendwelche sozialen Wertungen bestehe, insbesondere die Täterpersönlichkeit nicht berücksichtigt werden dürfe. Gleichwohl ist dieser Grundsatz, wie oben gezeigt wurde, nicht lückenlos durchgeführt worden und hat man dem Rechtsgefühl durch ein teilweises Abweichen von der rein objektiven Interpretation, die nach dem Sprachgebrauch an sich möglich gewesen wäre, Rechnung getragen. Eine direkte Bezugnahme auf die Wertungen innerhalb der Rechtsgemeinschaft hat man dabei unterlassen.

§ 3

Die sozialen Wertungen als Entstehungsgrund einer Rechtslücke

Das klassisch gewordene Beispiel für eine Rechtslücke im Strafrecht ist der Fall der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung. Im Bereich der hier behandelten Delikte hat die Rechtsprechung nur hier eine Rechtslücke angenommen und die Anwendung des Gesetzes abgelehnt, obwohl der Wortlaut auch diese Fälle umfaßte. Für andere Indikationsfälle, insbesondere die sog. ethische Indikation zur Schwangerschaftsunterbrechung wie auch für den Fall der Euthanasie hat die Rechtsprechung die Annahme einer Rechtslücke bis heute abgelehnt.

Die Entscheidung des RG im 61. Band gebraucht freilich den Begriff der Rechtslücke selbst nicht, noch kommt er in einer anderen höchstrichterlichen Entscheidung zu der hier behandelten Deliktsgruppe vor. Das Reichsgericht trifft aber Feststellungen, die der Sache nach alle Tatbestandsmerkmale einer sekundären Gesetzeslücke auf Grund Wertungswandels erfüllen. Insbesondere hat das Gericht den Gesichtspunkt hervorgehoben, daß eine Ausnahmenvorschrift für die Fälle der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung vermißt wird.

Es hat ferner auf die Wertungen der Rechtsgemeinschaft verwiesen, die nach seiner Ansicht im Konfliktsfalle eine Höherwertung des mütterlichen Lebens ergeben.

§ 4

Die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf in der Folge der Lehre vom nor-

Anm. 3: Ähnlich BVerfG 6/432 ff zu § 175 StGB.

mativen Tätertyp.

Nur in einigen wenigen Entscheidungen hat das Reichsgericht die Lehre vom Tätertyp zur Anwendung gebracht, bei den hier behandelten Delikten überdies nur im Rahmen der Tötungsdelikte im engeren Sinne. Im übrigen hätte das gleiche Ergebnis wohl mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungsmethoden erreicht werden können.

Der Bundesgerichtshof hat in mehreren Entscheidungen zu § 211 die Lehre vom Tätertyp ausdrücklich abgelehnt und rechtsstaatliche Bedenken gegen sie vorgebracht. Ob nicht trotz wortmäßiger Ablehnung der Sache nach Konzessionen gemacht wurden, indem in den Begriff "grausam" in § 211 subjektive Elemente hineininterpretiert und die Erstreckung des Vorsatzes auch auf das Vorliegen der objektiven mordqualifizierenden Merkmale verlangt wurde, bleibe dahingestellt. Das Indikationenproblem bei der Abtreibung hat die Rechtsprechung zu keiner Zeit mit Hilfe der Lehre vom normativen Tätertyp zu lösen versucht, obwohl dies von der Wissenschaft wiederholt vorgeschlagen wurde.

§ 5

Zusammenfassung:

Die Rechtsprechung zu der hier behandelten Deliktsgruppe hat die sozialen Wertungen in großem Umfang als Auslegungsbehelf verwendet und dabei alle Möglichkeiten ausgeschöpft, die, wie in der Einleitung dargestellt, die Rechtstheorie hierfür entwickelt hat. Hinzu tritt noch die Bedeutung, die den sozialen Wertungen in Gemäß des Gewohnheitsrechts zukommt (so beim Zuchtsstrafrecht!).

Sowohl für das Gewohnheitsrecht wie für die Handhabung sozialer Wertungen als Auslegungsbehelf drängt sich damit die Frage auf, ob die in der Einleitung entwickelten und in der Arbeit durchgeführten Methoden wirklich so zuverlässig sind, daß der Stand der sozialen Wertungen innerhalb der Rechtsgemeinschaft richtig festgestellt werden kann.

2. Kapitel:

Kritik der Methoden zur Feststellung der sozialen Wertungen unter Berücksichtigung der Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung.

Sieht man die Entscheidungen, die letztlich auf die sozialen Wertungen innerhalb der Rechtsgemeinschaft Bezug nehmen, darauf hin durch, ob sie Methoden zur Feststellung dieser Wertungen entwickeln, so fällt eine solche Durchsicht

noch enttäuschender aus als dies beim methodischen Schrifttum der Fall war. Die meisten Entscheidungen begnügen sich mit der lapidaren Feststellung, dieses oder jenes Ergebnis entspreche dem allgemeinen sittlichen Empfinden, dem allgemeinen Rechtsbewußtsein, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.¹ Die Mühe, die tatsächlichen Unterlagen für diesen Schluß auszubreiten, haben sich die Gerichte selten genommen. Ein solches Verfahren muß den Verdacht erwecken, als diene etwa der Hinweis auf das allgemeine sittliche Empfinden nur dazu, der Eigenwertung des Richters Autorität und Gewicht zu verleihen. Wenige Entscheidungen machen hiervon eine Ausnahme. Zu nennen sind hier an erster Stelle die Entscheidungen zum Züchtigungsrecht, insbesondere BGH 11/241. Dies verwundert nicht, denn wie anders als auf induktivem Wege soll das Bestehen von Gewohnheitsrecht nachgewiesen werden? Mag der Überblick, den der BGH über die sozialen Wertungen gibt, auch sehr lückenhaft sein, so werden doch einige Punkte angedeutet, die immer beachtet werden müssen: So die Wertung der Wissenschaft, hier der Pädagogik, die Wertung der Verwaltung und Gesetzgebung wie sie in Dienstanweisungen und Gesetzesentwürfen zum Ausdruck kommt oder sogar in verfassungsrechtlichen Vorschriften ihren Niederschlag finden kann, schließlich die Wertung der Allgemeinheit, insbesondere der unmittelbar Betroffenen, d. h. hier der Eltern.

Das Urteil der BGH zur studentischen Schlägerversur (Bd 4/32 ff) ist ein gutes Beispiel für eine nicht zu Ende geführte Prüfung der sozialen Wertungen. Die verschiedenen sozialen Wertungen werden zwar in ihrem Inhalt angedeutet (freilich auch nur das und unter etwas einseitiger Zitierung der ablehnenden Stimmen), es wird dann aber die Untersuchung über das Stärkeverhältnis der Wertungen abgeschnitten. Begründet hat dies der BGH damit, daß die Untersuchung keinesfalls die Ablehnung der studentischen Schlägerversur durch alle billig und gerecht Denkenden ergeben werde, die Strafbestimmungen der §§ 223 ff daher jedenfalls unanwendbar bleiben müßten. Auf diese Argumentation wird an späterer Stelle noch einzugehen sein.

Die berühmte Entscheidung RG 61/242 zum übergesetzlichen Notstand, die wesentlich auf der Annahme beruht, daß die sozialen Wertungen in ihrer großen Mehrheit eine Höhererschätzung von Leben und Gesundheit der Mutter gegenüber dem Leben des Embryo enthalten,² basiert sicherlich auf nicht unerheblichen Nachforschungen über die sozialen Wertungen. Jedenfalls berichtet Wachinger, der es als Redaktor der Entscheidung ja wissen muß, hiervon.³ Von all dem ist indessen nichts in die Gründe eingegan-

Anm. 1: RG 61/242

Anm. 2: Siehe oben S. 116

Anm. 3: Wachinger, a. a. O

gen. Es mag sein, daß das Reichsgericht diese Wertung für so verbreitet hielt, daß es ihm nicht lohnend erschien, noch auf das Stärkeverhältnis der Wertungen einzugehen. Sehr zu Unrecht: Es gibt zwar eine weit überwiegende Wertung, welche die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation für nicht rechtswidrig oder nicht strafwürdig hält, sie wird aber keineswegs immer von der Vorstellung begleitet, das embryonale Leben sei vom menschlichen qualitativ verschieden.

Noch weniger ergiebig sind die übrigen Entscheidungen zu den hier in Rede stehenden Delikten. Wirft man noch einen Blick über den engen Rahmen dieser Arbeit hinaus auf die höchstrichterliche Rechtsprechung insbesondere zu anderen normativen Tatbestandsmerkmalen im Strafrecht, so zeigt sich dort ein ganz ähnliches Bild: Kaum irgendwo sind Bezugnahmen auf die Wertung der Allgemeinheit, einer führenden Schicht oder bestimmter Bevölkerungskreise durch entsprechendes Tatsachenmaterial belegt. Ein Beispiel hierfür ist nicht nur die Rechtsprechung zum Begriff der Unzucht in den §§ 180 ff³ sondern etwa auch das häufig zitierte Urteil RG 64/121 ff zum Begriff der Gotteslästerung im Sinne des § 166 StGB. Wenn die letztgenannte Entscheidung auch abstellt "auf das religiöse Gefühl solcher Mitglieder der christlichen Kirchen, die sich ebenso von übergroßer Reizbarkeit wie von Gleichgültigkeit fernhalten", so bringt sie doch nur wenig Material zu der Frage, welche Vorstellungsbilder für den "mittleren Christen" als typisch angesehen werden können.⁴

Betrachtet man diese Ergebnisse der Praxis, so tauchen Zweifel daran auf, ob die allgemeinen sittlichen Anschauungen, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, die Wertung der Allgemeinheit, einer Mehrheit, einer führenden Schicht wirklich in dem Maße als Auslegungsbehelf in Frage kommen, wie dies von der Rechtstheorie vorgeschlagen worden ist. Zweifel in dieser Hinsicht sind älter und betrafen vor allem die Frage der Objektivierbarkeit des richterlichen Urteils durch die sozialen Wertungen,

Anm. 3: So die Entscheidungen des OLG Tübingen DRZ 1950/163 und des OLG Düsseldorf NJW 1950/959 auf die der BGH in seiner Entscheidung in Bd. 6/46 ff Bezug nimmt.

Anm. 4: Weitere Beispiele sind die Entscheidungen, die Karl Klee in seiner Abhandlung: "Der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des Reichsgerichts" (Reichsgerichtsfestgabe Bd. 5 Seite 72 ff) insbesondere aus der Rechtsprechung zu den Sittlichkeitsdelikten anführt. Ein gutes Beispiel ist etwa die Entscheidung RG 32/418 zu § 184 StGB, in der zwar auch auf das "Durchschnittsempfinden" abgestellt wird, jedoch die Frage unerörtert bleibt, woran sich der Richter orientieren soll, wenn er feststellen will, was dem sittlichen Empfinden des Durchschnitts entspricht.

So, wenn Mezger schrieb, die Ausfüllung der normativen Tatbestandsmerkmale werde wohl kaum je ganz ohne richterliche Eigenwertung abgehen.⁵ Ebenso meint Engisch⁶, die subjektive Wertung des Richters sei bei den echten normativen Merkmalen zwar nicht intendiert, es bestünden aber Zweifel, ob ihr Einfluß ausgeschaltet werden könne.

Einer besonderen Kritik ist stets die Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" gewidmet worden, die die Rechtsprechung immer wieder bei der Auslegung von Merkmalen wie "gute Sitten", "Unzucht" usw. zur Anwendung gebracht hat. Hierauf soll nicht an dieser Stelle sondern erst später eingegangen werden, da die Kritik sich weniger auf die Objektivierbarkeit des richterlichen Urteils durch die sozialen Wertungen bezieht, als vielmehr darauf, daß ein solches Verfahren die Wirkungslosigkeit verschiedener Strafbestimmungen herbeiführen muß.⁷

Sind somit auch in der Vergangenheit immer wieder Bedenken laut geworden, ob die sozialen Wertungen eine hinreichend sicher erkennbare Norm seien, an der das richterliche Urteil sich orientieren könne, so kommt dem doch nirgends die Bedeutung eines grundsätzlichen Einwandes zu, der sich gegen die Verwertung sozialer Anschauungen als Auslegungsbehelf richten würde.⁸ Vom Standpunkt dieser Arbeit aus scheint es nun so zu sein, als sei in den methodologischen Auseinandersetzungen der Frage der Praktikabilität zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet worden und als habe man die Möglichkeiten für eine Einbindung des richterlichen Urteils durch die sozialen Wertungen überschätzt. Verhält sich dies wirklich so, dann muß dies auch auf die juristische Methodenlehre von Einfluß sein. Wenn Carl Schmitt⁹ es für einen unangebrachten Einwand erklärt, auf die Schwierigkeiten einer klaren Feststellung der Wertanschauungen in komplizierteren Fällen aufmerksam zu machen, so kann dies nur daraus verständlich werden, daß Schmitt diese Fälle als Ausnahmen betrachtet, während in der Regel die so-

Anm. 5: Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Trägerfestschrift S. 229

Anm. 6: Engisch, Die normativen Tatbestandselemente ... Mezgerfestschrift S. 154 ff.

Anm. 7: Siehe unten Seite 180

Anm. 8: Freilich ist in der Auseinandersetzung um die subjektive und objektive Auslegungsmethode, die Figur der sekundären Gesetzeslücken, die normativen Tatbestandsmerkmale, die Lehre vom Tätertyp immer wieder betont worden, daß aus der Verwertung sozialer Anschauungen als Auslegungsbehelf Gefahren für die Rechtssicherheit entstehen könnten. So etwa Engisch, Einführung S. 100; meist glaubte man jedoch, daß die Vorteile der genannten Rechtsfiguren die Nachteile aufwiegen könnten und daß die Gefahren für die Rechtssicherheit aus einem Fehlverhalten des Richters entstünden, der es

zialen Wertungen durchaus aufgefunden werden können. Demgegenüber wird man zwar nicht behaupten können, daß Methoden, welche sich sozialer Wertungen als Auslegungsbehelf bedienen, schlechthin nicht praktikabel sind, wohl aber, daß dies in weit größerem Maße als nur bei einigen Ausnahmen der Fall ist.

Ein erstes Argument für die hier vertretene Meinung ergibt sich aus der Rechtsprechungspraxis. Wie oben dargelegt, gibt es kaum Entscheidungen, die es sich angelegen sein lassen, die von ihnen festgestellten sozialen, insbesondere sittlichen Wertungen durch entsprechendes Material zu belegen, geschweige denn ein methodisch einwandfreies Verfahren zu möglichst umfassender Sichtung der Wertungen zu entwickeln. Wo überhaupt Nachforschungen stattgefunden haben, sind sie jedenfalls nicht oder nur andeutungsweise in die Urteilsgründe eingegangen. Ein solches abgekürztes Verfahren bedeutet eine Lücke in den Gründen, da diese den rechtlichen Obersatz mit hinreichender Deutlichkeit und Vollständigkeit benennen müssen.¹⁰ Streng genommen stellt dies einen Revisionsgrund dar. Da ein solches Verfahren aber selbst in der Praxis der Obergerichte weiteste Verbreitung gefunden hat, muß es jedenfalls teilweise in der Natur der Sache begründet sein: Die Arbeit hat gezeigt, daß zur Feststellung der sozialen Wertungen häufig weitläufige Untersuchungen nötig sind. Es handelt sich dabei nicht nur um eine umfangreiche Literatur, sondern auch um die Würdigung vielfältiger Indizien, wie Statistiken, Meinungsumfragen, Stellungnahmen von Verbänden usw. Berücksichtigt man dies, so bestehen erhebliche Zweifel, ob der Richter in der Kürze der Zeit zwischen Strafverhandlung und Urteil in der Lage ist, sich auch nur einen einigermaßen guten Überblick zu verschaffen. Dies gilt in etwas abgeschwächter Form auch für die Obergerichte. Die Gerichtsbibliotheken selbst werden oft nicht das nötige Material enthalten. So wird selbst der gewissenhafte Richter meist nur einen kleinen Teil der Vorstudien treiben können, die eigentlich nötig wären, um die Verteilung der sozialen Wertungen in den Blick zu bekommen. Wissenschaftliche Monographien werden ihm nur teilweise helfen können. Er wird daher geneigt sein, insbesondere bei der Beurteilung des Stärkeverhältnisses der Wertungen auf seine eigene Lebenserfahrung zurückzugreifen. Dabei wird er nahezu zwangsläufig und ihm selbst manchmal unbewußt, seine eigene sachliche Wertung ins Spiel bringen. Oder aber, er wird sich durch die öffentliche Meinung bestimmen lassen, die, wie in der Einleitung dargelegt, der herrschenden sozialen Wertung nicht entsprechen muß. So bewirken die besonderen Bedingungen, denen der Richter bei der Urteilsfindung unterworfen ist, daß er noch weniger als der Wissenschaftler in der Lage ist, die sozialen Wertungen zuverlässig festzustellen.

unterlassen habe, den sozialen Wertungen hinreichend nachzugehen.

Anm. 9: Gesetz und Urteil, Seite 80/81

Anm. 10: § 267 Abs. 3 StPO

Ein zweites Argument ist darin zu finden, daß es im großen und ganzen übereinstimmende soziale Wertungen zwar in vielen Punkten gibt, diese Übereinstimmung in der Regel aber gerade dort aufhört, wo die Bedeutung der sozialen Wertung als Auslegungsbehelf beginnen müßte: Im Ausnahmefall, der durch besondere Umstände gekennzeichnet ist.

Dies hat sich im Laufe dieser Arbeit an vielen Stellen gezeigt: Bei der Euthanasie, den Indikationen zur Schwangerschaftsunterbrechung, der freiwilligen Unfruchtbarmachung, der Mensur, dem Züchtigungsrecht. Diese Wertungsunsicherheit im Sonderfall hat ihren Grund zu einem guten Teil darin, daß mit der wachsenden Zahl der bei der Wertung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte die Wertung natürlicherweise schwieriger wird. Zum anderen ist sie durch die weltanschauliche Zerrissenheit unserer Rechtsgemeinschaft bedingt: Dies zeigt besonders deutlich das Beispiel der Euthanasie. Während sich die Verschiedenheit der Wertungen und Menschenbilder im Regelfall der Tötung nicht auswirken konnte, wurden die Gegensätze hier offenbar. Diese Erscheinung ist nicht vereinzelt. Sie läßt sich vielmehr bei fast allen Sonderfällen beobachten. Im Rahmen der hier behandelten Defizitgruppen hat sich eine einheitliche Wertung nicht einmal zum Fall der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung feststellen lassen. Wenn es aber in nahezu allen insbesondere durch die Motive besonders gelagerten Fällen so ist, daß höchstens von einer Mehrheitswertung, niemals aber von einer einheitlichen Wertung gesprochen werden kann, dann muß dies die Tauglichkeit der sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf wesentlich vermindern. Dem Richter wird nämlich damit die schwierige Aufgabe überbürdet, das Vorherrschen der einen oder anderen Wertung festzustellen. Anders als im parlamentarischen Verfahren gibt es hier ja keinen Abstimmungsmodus, der ein klares und unzweideutiges Ergebnis ermöglichen würde. Das formlose Plebiszit der sozialen Wertungen leidet an dem Mangel, daß seine Ergebnisse nicht entfernt ähnlichen Garantien unterliegen, wie sie die Regelung des Gesetzgebungsverfahrens enthält. Besonders starke Schwierigkeiten bereitet die Abschätzung, wenn sich eine Wertung in Bewegung befindet, wie dies beispielsweise in der Frage des Züchtigungsrechtes der Fall ist. So hat sich in dieser Arbeit etwa zur Frage der Schwangerschaftsunterbrechung aus ethischer Indikation, bis zu einem gewissen Grade auch beim Züchtigungsrecht eine klar und deutlich überwiegende Wertung nicht feststellen lassen.

In einer Reihe anderer Fälle hat es nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet, das Überwiegen der einen oder anderen Wertung nachzuweisen: So für die Weimarer Zeit hinsichtlich der sozialen Indikation zur Schwangerschaftsunterbrechung, für die Zeit nach 1933 hinsichtlich der eugenischen Indikation.

Die Bedenken gegen die Verwertbarkeit der sozialen Anschauungen als Auslegungsbehelf werden noch durch den folgenden Gesichtspunkt verstärkt: Es gibt bei weitem nicht zu allen Fragen aktuell im Bewußtsein der gesamten Rechtsgemeinschaft lebendige Wertungen. Dies gilt etwa von der Euthanasie (nicht auch von der "Vernichtung lebensunwerten Lebens", da hieran die Öffentlichkeit viel regeres Interesse genommen hat), von der freiwilligen Sterilisation, der studentischen Schlagermensur, ja sogar, wenn auch in schwächerem Maße, von den Indikationen zur Schwangerschaftsunterbrechung, insbesondere der eugenischen Indikation. Da es nicht angeht, nur auf die Wertungen einer "führenden Schicht" abzustellen, wie bereits in der Einleitung ausgeführt,¹¹ sind die vom Richter festzustellenden Wertungen weiterhin rein hypothetischer Natur, lautet die Frage dahin, wie sich die Rechtsgenossen nach ihren sonstigen Überzeugungen und Lebensgewohnheiten verhalten würden, wenn sie sich einer entsprechenden Situation gegenübergestellt sähen. Damit aber wird die Arbeit des auslegenden Richters ungemein erschwert und das der Entscheidung anhaftende Unsicherheitsmoment noch weiter verstärkt.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß in vielen irgendwie besonders gelagerten Fällen der hier behandelten Delikte die Feststellung einer klar überwiegenden Wertung nur unter großen Schwierigkeiten möglich war und daß dahin gerichtete Bemühungen manchmal sogar erfolglos bleiben mußten. Es kann angenommen werden, daß es sich auch bei anderen Deliktgruppen ähnlich verhält und die genannten Schwierigkeiten insbesondere bei der Auslegung der normativen Tatbestandsmerkmale auftreten.

Im übrigen gibt es eine ganze Reihe von Delikten, bei denen nicht nur die Sonderfälle einer verschiedenen Bewertung unterliegen sondern dies auch auf den Regelfall zutrifft. Hier seien nur § 218 und § 175 StGB genannt. Es ist nur freilich keine Frage, daß trotz solcher unterschiedlichen Bewertungen etwa eine aus reiner Bequemlichkeit vorgenommene Abtreibung tatbestandsmäßig ist. Gleichwohl besteht auch hier ein Auslegungsproblem, bei dem die Wertungsunsicherheit eine schwere Belastung für den Richter darstellt, wenn man ihn an die sozialen Wertungen als Auslegungsbehelf bindet: Die Auslegung zielt nämlich nicht nur darauf ab, die Subsumtion eines Sachverhaltes unter eine Norm zu ermöglichen, sondern auch darauf, den Sinn der Strafdrohung und den inneren Wertbezug der mit Strafe bedrohten Handlung in den Blick zu bekommen, um dadurch eine feste Grundlage für die Strafpraxis zu gewinnen. Auch dies ist Auslegung, die demnach nicht schon dann endet, wenn feststeht, daß ein Verhalten einen bestimmten Tatbestand erfüllt. Bindet man nun den Richter bei einer solchen kausalen oder teleologischen Rechtsbetrachtung an eine allgemeine oder überwiegende soziale Wertung, läßt sich aber eine solche nicht mit Sicherheit nachweisen, so muß dies fast zwangsläufig zu einer schwachen und un-

Anm. 11: Siehe oben S. 18

konsequenten Strafpraxis führen. Die Abtreibung ist hierfür das beste Beispiel: Es hat sich zwar bei den Untersuchungen in dieser Arbeit ergeben, daß wohl eine Mehrheit unserer Rechtsgemeinschaft die Abtreibung als echtes Tötungsdelikt betrachtet. Für den Richter konnte jedoch besonders in der Weimarer Zeit der Eindruck entstehen, als überwiege diese Auffassung nicht mehr. Dies mußte sich für eine Rechtsprechung, die sich bemühte, den Sinngehalt der Normen der sozialen Wirklichkeit zu entnehmen, zu der oben geschilderten Unsicherheit über die Frage führen, was als Rechtsgut des § 218 zu bezeichnen sei und weitethin zu einer lässigen Strafpraxis, die eine ständige Tendenz in Richtung auf die untere Grenze des Strafrahmens aufwies.

Die in der Einleitung entwickelten Methoden zur Erforschung der sozialen Wertungen reichen somit nicht aus, um auch nur in jedem Regelfall die Ermittlung einer überwiegenden sozialen Wertung durch den Richter zu garantieren. Die Unzulänglichkeit der Methoden und ihre schwierige Handhabung wird noch durch ein weiteres Moment verstärkt: Die Wertungen finden nur zu einem kleineren Teil Ausdruck in äußerem Verhalten. Bei vielen möglicherweise unter ein Strafgesetz fallenden Handlungen entzieht sich die tatsächliche Übung oft weitgehend der Lebenserfahrung auch des Richters. So verhält es sich beispielsweise bei der Euthanasie: a. Nicht jeder, der sie an sich billigt, übt sie auch (so übrigens auch bei der Abtreibung), b. inwieweit sie tatsächlich geübt wird, entzieht sich weitgehend der Lebenserfahrung jedenfalls des ärztlichen Laiens.

Es läßt sich also feststellen, daß die Verwertung sozialer Anschauungen als Auslegungsbehelf nicht nur im Einzelfall sondern fast allgemein auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. Die Methoden zu einer umfassenden Sichtung der sozialen Wertungen sind nicht so leicht zu handhaben, daß sie stets auch in der besonderen Situation des Richters anwendbar sind. Da es nicht wie im parlamentarischen Verfahren einen festen Abstimmungsmodus gibt, läßt sich das Überwiegen der einen oder anderen Wertung oft nicht überzeugend feststellen. Die Schwierigkeiten werden verstärkt durch die regelmäßige Wertungsunsicherheit in besonders gelagerten Fällen, durch die weitgehende hypothetische Natur der Wertung und ihre fehlende Erkennbarkeit in äußerem Verhalten. Aus all diesen Gründen wird eine völlige Einbindung des richterlichen Urteils durch die sozialen Wertungen in den meisten Fällen nicht erreicht werden können und werden auch im Urteil des gewisserhaften Richters die sozialen Wertungen nur eine mehr oder weniger starke objektivierende Wirkung haben, ihn aber nicht völlig leiten können. Anders verhält es sich nur dort, wo die sozialen Wertungen einen Niederschlag in äußerem Verhalten gefunden haben, das entweder Gegenstand der unmittelbaren eigenen Lebenserfahrung des Richters ist

oder durch Sachverständige verhältnismäßig leicht festgestellt werden kann. Dies wird besonders häufig bei Wertungen der Fall sein, auf die in normativen Tatbestandsmerkmalen verwiesen wird. Beispielsweise weiß der Richter aus der eigenen Lebenserfahrung, welches Verhalten als unzüchtig und zur Erregung öffentlichen Ärgernisses geeignet angesehen wird. Hierfür braucht nur auf die Badesitten verwiesen zu werden. So ist also eine Ausfüllung der normativen Tatbestandsmerkmale des § 183 StGB an Hand der sozialen Wertungen ohne weiteres möglich. Ähnlich verhält es sich bei § 286: Was als erlaubtes Risiko, was als Mißbrauch angesehen werden muß, das ergibt sich aus der Praxis des Geschäftslebens und ist jedenfalls durch einen Sachverständigen feststellbar.

3. Kapitel

Folgerungen

§ 1

Die Frage der Praktikabilität sollte in der Auseinandersetzung um die Berechtigung der subjektiven und der objektiven Auslegungsmethode stärkere Beachtung finden, auch wenn naturgemäß eine Entscheidung des Streits davon nicht erwartet werden kann: Die subjektive Auslegungsmethode ist in nicht wenigen Fällen praktikabler als die objektive in der von der herrschenden Lehre vertretenen Ausprägung. Der Grund dafür liegt sowohl darin, daß die Quellen, in denen die gesetzgeberische Wertung ihren Niederschlag gefunden hat, regelmäßig verhältnismäßig leicht greifbar sein werden, als auch in dem Umstand, daß hier die Gefahr des Überwiegen der einen oder anderen Wertung nicht feststellen zu können, nicht droht. Ein gutes Beispiel dafür ist die Abtreibung: Die gesetzgeberische Bewertung der Handlung läßt sich leicht finden, während es so gut wie unmöglich ist, überzeugend das Überwiegen der einen oder anderen sozialen Wertung nachzuweisen. Hier ermöglicht die subjektive Auslegungsmethode dem Richter nicht nur eine leichte Entscheidung, sondern sie bewahrt die Rechtsprechung auch vor einer richtungslosen Strafpraxis.

Wenn im vorigen Kapitel die Behauptung aufgestellt wurde, eine völlige Einbindung des richterlichen Urteils durch die sozialen Wertungen werde im Regelfall nicht möglich sein, so taucht die Frage auf, ob man bei grundsätzlicher Entscheidung für die objektive Auslegungsmethode den Richter auf die sozialen Wertungen als letzten Maßstab etwa für eine teleologische Gesetzesinterpretation verweisen soll. Die Verweisung hätte dann den Sinn, daß der Richter wenigstens eine Annäherung an die sozialen Wertungen versuchen soll. Die Alternative hierzu wäre, dem Richter die Freiheit zu lassen, nach seiner eigenen Einsicht zu entscheiden.

Dieser richterliche "Subjektivismus" hat in der Auslegungstheorie der unmittelbaren Gegenwart stets als das größte Übel gegolten, als überwundene Lehre der Freirechtbewegung und unvereinbar mit rechtsstaatlichem Denken. Die Kritik dieses Gedankens und die Abkehr von ihm war sicherlich in dieser Schärfe nicht gerechtfertigt. Verhielte es sich anders, dann wäre ein Großteil der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf falschem Wege zustande gekommen. Der Überblick über die Rechtsprechung hat dies gezeigt: In der Mehrheit der Fälle ist die Frage nach den sozialen Wertungen, sofern sie überhaupt aufgeworfen wird, nicht zuende durchgeführt und wächst die Entscheidung wesentlich aus der Eigenwertung des Richters.

Die Stellungnahme zu dieser Frage hängt wohl wesentlich damit zusammen,

wie man sich die Eigenwertung des Richters vorstellt. Für denjenigen, der an die Strahlkraft der Natur der Sache oder der inneren Werthaftigkeit der Dinge glaubt, ist die Vorstellung, die Eigenwertung des Richters entscheidend sein zu lassen, ohne Schrecken. Aber auch wenn man diese Auffassung für philosophisch nicht beweisbar hält, gibt es objektivierende Faktoren genug, die das richterliche Urteil nicht mehr als reine Dezision und Willkürentscheidung erscheinen lassen. Zunächst sind auch hier gewisse sachlogische Voraussetzungen gegeben, ohne daß in ihnen die Entscheidung völlig vorgezeichnet wäre.^{11a} Zum anderen hat der Richter die Möglichkeit wie die Pflicht, sich mit den Meinungen anderer auseinanderzusetzen. Dies führt nun aber nicht, wie man vielleicht vermuten könnte, auf den Ausgangspunkt, das ist zu einer Bindung an die sozialen Wertungen zurück. Der Richter braucht nicht die sozialen Wertungen in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen, sondern er muß sich über die einschlägigen Fragen nur an sachkundiger Stelle unterrichten, wobei er freilich alle ihm als wesentlich erscheinenden Wertungen in seine Überlegungen einbeziehen muß. Man wird verlangen können, daß die Urteilsgründe darüber Auskunft geben, warum der Richter dieser und nicht einer anderen Wertung gefolgt ist. Schließlich muß auch die objektivierende Wirkung des Gesetzeswortlautes betont werden, die zwar beschränkt, immerhin aber vorhanden ist. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung wird durch den Instanzenzug verbürgt.

Man hat sich erst an den Gedanken gewöhnt, ein solches Verfahren nicht schon von vornherein als indiskurabel abzutun, wird der Weg frei, auch seine Praktikabilität in Erwägung zu ziehen. Diese ist tatsächlich oh größer als die der objektiven Auslegungsmethode in der von der herrschenden Lehre vertretenen Form. Auch hier soll wieder das Beispiel der Abtreibung als Beweis dienen. Hätte die Rechtsprechung nicht die Bindung an die sozialen Wertungen gesucht sondern sich zu einer Eigenwertung durchgerungen, so hätte es zu einer konsequenteren Handhabung des § 218 kommen können, als dies tatsächlich der Fall war. Auch wäre die Rechtsprechung genötigt gewesen, die Grundlagen der Abtreibungsbestrafung besser zu durchdenken, insbesondere die Erkenntnisse der modernen Biologie und Medizin zu berücksichtigen. Aber auch über diese Fälle hinaus hat das Verfahren Vorteile gegenüber einer rein "soziologischen" Auslegung: Es überfordert den Richter nicht und überbietet ihm nicht zusätzlich zu seinen primären richterlichen Funktionen die Aufgaben des Soziologen und Meinungsforschers, für die ihm weder Hilfsmittel noch Ausbildung zur Verfügung stehen und, was vielleicht der größte Vorteil ist, es betont den eigenen Charakter des Normativen neben dem Faktischen.

Aus diesen Anmerkungen kann allerdings nicht der Schluß gezogen werden, als

Anm. 11a: Siehe oben S. 7

sei nur die Ausformung der objektiven Auslegungsmethode diskutabel, die darauf verzichtet, den Richter an die sozialen Wertungen zu binden. Ihr Sinn sollte vielmehr nur sein, auf die Schwächen der herrschenden Lehre hinzuweisen sowie auf die Bedeutung, die der Frage der Praktikabilität auch für die Festsetzung des Zielpunktes der Auslegung zukommen muß. - Eine Auslegung unter Bindung an die sozialen Wertungen wird insbesondere, wie bereits ausgeführt, immer dort möglich sein, wo sich die Wertung in äußerem Verhalten ausdrückt, das entweder durch Sachverständige oder auf Grund der eigenen Lebenserfahrung des Richters feststellbar ist. Dies gilt insbesondere für die normativen Tatbestandsmerkmale.

§ 2

Die praktischen Schwierigkeiten bei der Erforschung sozialer Wertungen und der Feststellung ihres Stärkeverhältnisses können auch nicht ohne Einfluß auf die theoretische Erfassung des Lückenbegriffs bleiben, insbesondere auf die Ansicht, ein Wertungswandel innerhalb der Rechtsgemeinschaft könne zur Entstehung sogenannter sekundärer Gesetzeslücken führen. Die Zahl der Fälle, in denen einwandfrei feststellbar ist, daß seit Erlaß des Gesetzes ein Wertungswandel stattgefunden hat, wird stets sehr gering sein. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtskontinuität wird man äußerste Vorsicht bei ihrer Annahme walten lassen müssen. Die rechtsstaatlichen Bedenken werden durch die Unzulänglichkeit der Methoden für eine Feststellung der sozialen Wertungen noch verstärkt. So kann Engisch¹² wohl nicht zugestimmt werden, wenn er glaubt, auch für die ethisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung bereits eine Lücke annehmen zu können.

Im übrigen bedarf auch das von Engisch¹³ betonte Merkmal, daß eine Rechtslücke dort begrifflich ausgeschlossen sei, wo der besondere Fall ersichtlich vom Willen des Gesetzgebers bzw. des Gesetzes erfaßt werde, der strengeren Beachtung. Ein Beispiel möge dies verdeutlichen: Legt man die subjektive Auslegungsmethode zugrunde, so ist die Abtreibung echtes Tötungsdelikt. Bei dieser Annahme erscheint es schwer denkbar, daß es einen Fall gibt, auf den das gesetzliche Verbot sinngemäß nicht zutreffen würde, mag er auch durch besondere Umstände gekennzeichnet sein. Geht man dagegen von der objektiven Auslegung aus, so kann das Wesen der Abtreibung entweder ebenfalls als Tötung angesehen werden oder aber lediglich als Verletzung des allgemeinen bevölkerungspolitischen Interesses. Bei der ersten Alternative gilt das für die subjektive Methode Festgestellte. Nur wenn man die Abtreibung als Handlung gegen das bevölkerungspolitische Interesse ansieht, kann

Anm. 12: Einführung Seite 150

Anm. 13: Sauerfestschrift Seite 93

man sagen, der Sinn des Gesetzes treffe auf die medizinisch und eugenisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung nicht zu.

Nur hier und bei einer entsprechenden Auffassung vom Wesen der Handlung ist die Möglichkeit einer Lücke gegeben. Wollte man eine solche auch für andere Fälle annehmen, auf die das Gesetz nach seinem Sinn durchaus zutrifft, so würde man die Grenzen zur Gesetzesberichtigung überschreiten.

Diesem Ergebnis kann man nicht dadurch entgehen, daß man weniger auf den Rechtsgutsbegriff abstellt, das Gesetz vielmehr nur als Bewertung eines Regelfalles auffaßt. Immer muß nämlich bei der Bewertung des Einzelfalles, mag er auch durch besondere Umstände gekennzeichnet sein, die Bewertung des Regelfalles mitberücksichtigt werden und verlangt der dort anerkannte Wert auch hier Beachtung.

Zusammenfassend soll die Behauptung gewagt werden, daß der Wille des Gesetzgebers bzw. des Gesetzes viel weiter reicht als gemeinhin angenommen wird, die Möglichkeiten für die Annahme einer Rechtslücke daher sehr gering sind (s. einer Rechtslücke auf Grund Wertungswandels). Es wäre daher für die Rechtsprechung wohl unmöglich, eine Rechtslücke für die Schwangerschaftsunterbrechung aus sozialer Indikation anzunehmen, auch wenn eine deutlich überwiegende Wertung in der Rechtsgemeinschaft festgestellt werden könnte, welche die Schwangerschaftsunterbrechung aus diesem Grunde billigt. In den verbleibenden Fällen wird häufig bereits eine streng durchgeführte objektiv-teleologische Interpretation zum Ziele führen. Für die Frage, wie weit die Rechtsfigur sekundärer Gesetzeslücken auf Grund Wertungswandels ausgebaut werden sollte, muß schließlich auch stärker berücksichtigt werden, daß speziell das Strafrecht noch andere Möglichkeiten enthält, um etwa entstehende Lücken auszugleichen: Dies sind einmal die im allgemeinen sehr weitgespannten Strafrahmen, zum anderen ist es die Gnadenpraxis.

§ 3

Die bisherige überwiegende Ablehnung der Lehre vom normativen Tätertyp wird durch die Ergebnisse dieser Arbeit bestätigt. Die sozialen Wertungen sind wegen der Schwierigkeiten bei ihrer Feststellung wie auch wegen ihrer Unschärfe als letzter Maßstab für die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens nicht geeignet.

4. Kapitel

Folgerungen für die normativen Tatbestandsmerkmale insbesondere

§ 1

Die normativen Tatbestandsmerkmale sind von der modernen Gesetzgebungstechnik in starkem Maße in der Absicht verwendet worden, das Recht lebensnah und in Fühlung mit der sozialen Wirklichkeit zu halten. Hieraus folgt, daß bei den normativen Tatbestandsmerkmalen, wie immer man auch im übrigen denken mag, die objektive Auslegungsmethode am Platze ist und zwar durchaus in der von der herrschenden Lehre vertretenen Form, wonach die sozialen Wertungen als Zielpunkt der Auslegung betrachtet werden müssen. Man muß sich nur darüber im Klaren sein, daß häufig eine völlige Objektivierung des richterlichen Urteils wegen der Unzulänglichkeit der Methoden und ihrer schwierigen Handhabung nicht möglich ist und das richterliche Urteil deshalb ein mehr oder weniger starkes subjektives Element enthält. Dieses wird am stärksten dort sein, wo die Wertungen nicht in äußerem Verhalten ihren Niederschlag gefunden haben. Auch hier aber muß der Richter eine möglichste Annäherung an die sozialen Wertungen versuchen. Ein Beispiel stellt etwa das Merkmal "gotteslästerlich" in § 166 StGB dar. Man hat sich ganz allgemein daran gewöhnt, den Unrechtsgehalt des Delikts darin zu sehen, daß es eine Verletzung des religiösen Gefühls anderer enthält. Die Rechtsprechung hat ganz richtig erkannt, daß eine Auslegung die religiösen Gefühle eines Angehörigen der möglicherweise beschimpften Religion zum Ausgangspunkt nehmen muß. Diese Gefühle aber finden in äußerem Verhalten nur unvollkommenen Ausdruck und die Feststellung der sozialen Wertungen wird noch dadurch erschwert, daß der Beurteilung eines Verhaltens als gotteslästerlich im Sinne des § 166 StGB stets auch ein ästhetisches Element beigemischt ist. So wird das richterliche Urteil hier fast stets einen starken subjektiven Einschlag haben. Gleichwohl bleiben die sozialen Wertungen auch hier Zielpunkt der Auslegung und der Richter muß bestrebt sein, sich ihnen möglichst anzunähern.

§ 2

Die herrschende Lehre in der Auslegungstheorie hat das zu § 1 Gesagte stets auch auf diejenigen normativen Merkmale bezogen, in denen das Gesetz auf die sittlichen Wertungen, die guten Sitten und das Sittengesetz verweist, so etwa in § 175 (Unzucht), §§ 180/181, 211 Abs. 2 ("niedrige" Beweggründe) und § 226 a StGB. Auch hier soll sich nach ihr die richterliche Entscheidung an den sozialen Wertungen ausrichten. In aller Regel hat man eine Ausfüllung dieser Merkmale mit Hilfe der Formel vom "Anstandsgefühl

aller billig und gerecht Denkenden" versucht. Ähnlich ist die Rechtsprechung immer wieder verfahren.¹⁴

Obwohl man sich schon sehr an die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gewöhnt hat, muß doch an dieser Stelle auf ihre praktische Untauglichkeit hingewiesen werden: Dies hat mit aller Deutlichkeit bereits Eberhard Schmidt in seiner Kritik des Mensururteils des Bundesgerichtshofes getan.¹⁵ Er hat ausgeführt, daß in unserer weltanschaulich zerrissenen Rechtsgemeinschaft das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in sehr vielen Fällen nicht übereinstimme und man daher bei Zugrundelegung der Formel zu einer Bestrafung (etwa der freiwilligen Sterilisation aus sozialer Indikation, Anm. des Verfassers) nicht gelangen könne. Schmidt hält dieses Ergebnis für höchst unbefriedigend.

Die Berechtigung dieser Kritik läßt sich noch durch zwei weitere Beispiele darstellen:

Wollte man mit der Formel wirklich Ernst machen, dann müßte dies zu einer völligen Aushöhlung des § 181 StGB führen: Es ist nämlich eine reine Fiktion, wenn man annehmen wollte, der Verlobtenbeischlaf, ja auch nur der einfache außereheliche Beischlaf widerspreche dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden (wenn man als billig und gerecht denkend jemanden betrachtet, dem im übrigen sittlicher Ernst nicht abzusprechen ist). Ähnliches gilt für § 175, wenn auch in schwächerem Maße. Man wird nämlich der Meinung von Maunz-Dürig nicht folgen können,¹⁶ wonach die Wertung unmittelbar betroffener oder interessierter Kreise von vornherein außer Betracht bleiben dürfe.

Wollte man also wirklich so verfahren, dann wäre das Recht weithin zur Wirkungslosigkeit verurteilt. Sehr anschaulich zeigt dies das Mensururteil des Bundesgerichtshofes, mag es auch im Ergebnis zu billigen sein: Bei einer sittlichen Billigung der Mensur auch nur durch eine klare Minderheit soll nach dem Bundesgerichtshof die Möglichkeit einer Bestrafung nach den §§ 223 ff entfallen. So stellt die Praxis in aller Regel um solchen Schlüssen auszuweichen stillschweigend doch wieder auf die Mehrheitswertung ab.

Abgesehen von den soeben behandelten praktischen Bedenken gegen die Proklamierung des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden als Auslegungsmaßstab gibt es auch noch grundsätzliche Einwände gegen eine solche Bindung des richterlichen Urteils, Einwände, die auch dann gelten müßten, wenn man

Anm. 14: Daß auch das verfassungsrechtliche Schrifttum das Merkmal des "Sittengesetzes" in Art. 2 GG regelmäßig als Verweisung auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden auffaßt, ergibt sich aus Maunz-Dürig Komm. zum GG Art. 2 Abs. I/III A 16; Mangoldt-Klein, Das Bonner GG Art. 2 A V 3

Anm. 15: JZ 1954/S. 369 ff; auch Kohlrausch ZSTW 1932/383

Anm. 16: Siehe oben a. a. O

lediglich die Mehrheitswertung für entscheidend erklären würde: Eine Bindung des Richters an die sozialen Wertungen erscheint unangemessen bei Merkmalen, die auf die sittliche Wertung, die guten Sitten und das Sittengesetz Bezug nehmen. Vielmehr sollte man hier letztlich die Eigenwertung des Richters entscheidend sein lassen.

Als Grund dafür ist anzunehmen, daß gerade bei diesen Merkmalen eine Gleichsetzung von faktischer Wertung und Norm unannehmbar wäre, weil damit die Eigenständigkeit des Normativen gegenüber dem Faktischen in einem wesentlichen Punkte aufgegeben würde. Damit aber würde das Recht in gleichem Umfang auch die Fähigkeit einbüßen, wirklich normierend zu sein und die tatsächlichen Verhältnisse zu gestalten. Dieser Gesichtspunkt spielte bei den übrigen unter § 1 behandelten normativen Merkmalen keine solche Rolle. Bei einem Teil von ihnen liegt der Unrechtsgehalt der Handlung darin, daß andere in ihren Gefühlen verletzt werden (so bei § 166 und 183) und dient das normative Merkmal nur dem Hinweis auf diese Gefühle. In vielen anderen Fällen ist das normative Merkmal nur eine Abkürzung für eine kasuistische Aufzählung einzelner Verhaltensweisen (wie etwa in § 266): Bei ihnen allen tritt eine Bedrohung des Eigenwerts des Normativen nicht so in Erscheinung wie hier. Würde man den Richter hier an die sozialen Wertungen binden, so hätte er keine Möglichkeit, auch offensichtliche Mißbräuche und Verfallserscheinungen unberücksichtigt zu lassen. Er könnte dies nämlich nur tun unter Berufung auf ein objektives Sittengesetz. Ein solches aber erscheint in aller Regel denen philosophisch nicht beweisbar, die den Richter auf die sozialen Wertungen verweisen. So ist bei einer Bindung des Richters an die sozialen Wertungen das praktische Ergebnis kaum abwendbar, daß jeder faktischen Wertung grundsätzlich die gleiche Beachtlichkeit zukommt. Das Normative läßt sich nur dann aus der Gefangenschaft des Faktischen befreien, wenn man sich entschließt, dem Richter die Entscheidungsfreiheit zurückzugeben.

Diese Auffassung hat auch der BGH in seiner Entscheidung Bd. 6/46 ff vertreten. Die Kritik ³⁷³ hat ihm vorgeworfen, daß er dabei von der philosophisch unbeweisbaren Voraussetzung ausgegangen sei, daß es ein erkennbares objektives Sittengesetz gebe. Der Frage, ob die Kritik zutrifft, kann naturgemäß nicht nachgegangen werden. Sie ist für die hier vertretene Meinung, so sehr diese auch durch die philosophische Grundauffassung in der Entscheidung BGH Bd. 6/46 ff gestützt würde, letztlich auch nicht entscheidend. Auch wenn man das Vorhandensein eines objektiven Sittengesetzes nicht für erkennbar und beweisbar hält, läßt sich die Freistellung des Richters von der Bindung an die sozialen Wertungen vertreten. Der Grund hierfür liegt darin, daß das richterliche Werturteil regelmäßig unter wesentlich besseren Voraussetzungen zustande kommt als die durchschnittliche soziale

Wertung. Die bildungsmäßigen Voraussetzungen beim Wertenden sind besser und die Möglichkeit einer gründlichen Beschäftigung mit der einzelnen Wertung ist größer. Schließlich stellt ein intakter Richterstand auch in menschlich-charakterlicher Beziehung eine gewisse Auslese dar.

Freilich sind auch bei der hier vertretenen Auffassung die sozialen Wertungen für den Richter Erkenntnismaterial. Er muß sich mit ihnen in den Urteilsgründen auseinandersetzen, soll er seiner Begründungspflicht gerecht werden. Die Gefahr einer Willkürentscheidung besteht daher nicht in stärkerem Maße, als dies heute der Fall ist. Schließlich wirkt auch hier der Instanzenzug vereinheitlichend und ausgleichend. Ein Konflikt zwischen überwiegender sozialer Wertung und Eigenwertung des Richters wird überdies nur selten auftreten und zwar deshalb, weil der Richter ja in aller Regel die Wertungen seiner Zeit teilt. Wo aber ein solcher Konflikt auftaucht, muß der Richter im Interesse des Rechtes so viel Freiheit haben, sich unter ausführlicher Begründung notfalls auch gegen die herrschende soziale Wertung zu entscheiden.

§ 3

In den Fällen des § 2 hatte die Anwendung der Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden neben Nachteilen auch einen Vorteil; Sie ermöglichte es, Fälle geringfügiger Sittenverletzung aus dem Bereich des Strafbaren auszuschneiden. So konnte etwa der Richter mit ihrer Hilfe die Mensur für straflos erklären, auch wenn sie nach seiner persönlichen Überzeugung zwar als sittenwidrig, nicht aber als strafwürdig erschien. Es scheint nun, als müßte der Richter nach der hier vertretenen Auffassung in solchen Fällen zu einer Bestrafung kommen. Dem ist aber nicht so: Es ist vielmehr der Gedanke der Angemessenheit strafrechtlicher Reaktion, der hier als Regulativ dienen kann.

Nun ist dies freilich eine Einschränkung von der das Gesetz selbst ausdrücklich nicht spricht. Es liegt aber wohl noch im Rahmen einer sinngemäßen Interpretation, wenn man einen solchen Gesichtspunkt in das Recht hineinträgt, zumal an seiner Nichtberücksichtigung im Gesetz wohl die engeren Möglichkeiten der Gesetzgebungstechnik schuld sind. Für die Rechtsprechung bestand nie ein Zweifel, daß die genannten Merkmale restriktiv auszulegen seien und geringfügige Verstöße gegen die guten Sitten außer Acht bleiben dürften. Dies kam etwa darin zum Ausdruck, daß der Bundesgerichtshof in seinem Mensururteil nicht so sehr auf die Sittenwidrigkeit als vielmehr auf die Strafwürdigkeit abstellte.¹⁸ Der Sache nach hat auch BGH 6/46 diesen Gesichtspunkt zur Anwendung gebracht: Der BGH stellt zunächst die Sittenwidrigkeit des Verlobten-

¹⁸ Ann. 18: BGH Bd. 4 S. 24

beischlafs im Regelfall fest und nimmt dann von dieser Wertung bestimmte eng umgrenzte Fälle aus. Warum beide Fallgruppen des Verlobtenbeischlafs einer grundsätzlich verschiedenen Bewertung unterliegen, wird nicht glaubhaft gemacht. Es kann daher angenommen werden, für den BGH sei der Gesichtspunkt der Unangemessenheit strafrechtlicher Reaktion entscheidend gewesen, wenn er einzelne Fälle des Verlobtenbeischlafs nicht als Unzucht im Sinne des § 181 StGB bezeichnete.

Der Gedanke der Angemessenheit strafrechtlicher Reaktion ist letztlich auch im Verfassungsrecht verankert und zwar in Art. 2 zusammen mit dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 GG. Verfassungsgrundsätze aber sind bei der Auslegung zu berücksichtigen.

Lebenslauf

Am 10.12.1935 wurde ich in Bodenbach/Elbe, Sudetenland, als zweiter Sohn des Landwirtschaftsrates Dr. Karl Eckl und seiner Ehefrau Margarete, geb. Wenzel, geboren. Ab Herbst 1941 besuchte ich die Volksschule meiner Heimatstadt bis zur vierten Klasse. Im Sommer 1945 wurde ich zusammen mit meinen Eltern ausgewiesen und kam nach dem Dorfe Sandizell in Oberbayern. Im Herbst 1946 bestand ich die Aufnahmeprüfung in die erste Klasse der städtischen Realschule in Schrobenhausen. Nach mehrmaligem Schulwechsel legte ich 1954 an der Oberrealschule Passau die Reifeprüfung ab. Im Wintersemester 1954/55 bezog ich die Universität München und belegte Rechtswissenschaft. Meinachtsemestriges Studium beschloß ich im Winter 1958/59 mit der ersten juristischen Staatsprüfung. Die folgenden Jahre als Referendar verbrachte ich bei Gerichten und Behörden in Passau und München. Im Sommersemester 1961 war ich Hörer der Verwaltungshochschule der deutschen Länder in Speyer/Rhein. Im Herbst 1962 unterzog ich mich der zweiten juristischen Staatsprüfung, die zur Zeit noch andauert. Die Arbeiten an meiner Dissertation begann ich unmittelbar nach meinem Referendarexamen. Sie zogen sich, bedingt durch ungünstige Bibliotheksverhältnisse und die Fülle des Stoffes bis heute hin.

